

Martin Trenker

Gegensprüche des Anfechtungsgegners gem § 41 IO

Die Insolvenzanfechtung bezweckt im Wesentlichen den Ausgleich der „Nachteile“, welche die anfechtbare Handlung für die Befriedigungsaussichten der Gläubiger bewirkt hat (§ 39 IO). Sie ebnet aber insoweit keine Einbahnstraße: Vielmehr gewährt § 41 IO dem Anfechtungsgegner Gegensprüche, um eine Bereicherung der Masse zu seinen Lasten zu vermeiden. Ergebnis ist ein komplexes Zusammenspiel allgemein bereicherungsrechtlicher und spezifisch insolvenzrechtlicher Wertungen. Der nachfolgende Beitrag untersucht das daraus resultierende „System“ sowie mannigfaltige Einzelfragen hierzu, dies nicht zuletzt anhand zahlreicher Fallbeispiele.

ÖJA 2023/9

- I. Systematische Grundlagen
 - A. § 41 IO als normativer Dreh- und Angelpunkt
 - B. Entstehungsgeschichte und Kategorisierung
 - C. Teleologie
 1. Ansprüche auf Rückersatz der Gegenleistung
 2. Anspruch auf Wiederaufleben der getilgten Forderung
 - D. Verhältnis der Ansprüche zueinander
 - E. Keine Anwendung von § 41 IO auf unentgeltliche Verfügungen
 - F. Insolvenz des Anfechtungsgegners
- II. Anspruch auf Gegenleistung (§ 41 Abs 1 Fall 1, 2, Abs 2 Fall 1 IO)
 - A. Anspruch auf Gegenleistung und „Verbot der Teilanfechtung“
 - B. Begriff der Gegenleistung
 1. Allgemeines
 2. Leistungen von und an Dritte
 3. Unmittelbare Vorteile (insb Zinsen und Früchte) aus der Gegenleistung
 4. Beispiele
 - C. Rechtsnatur der Ansprüche auf Rückersatz der Gegenleistung
 1. Allgemeines
 2. § 41 Abs 1 Fall 1 IO: Aussonderungsanspruch
 3. § 41 Abs 1 Fall 2 IO: Masseforderung
 4. § 41 Abs 2 Fall 1 IO: Insolvenzforderung
 - D. Abgrenzung
 1. Aussonderungsanspruch gem § 41 Abs 1 Fall 1 IO
 2. Masseforderung gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO
 - a. Allgemeines
 - b. (Buch-)Geld und Sachen
 - c. Arbeits- und Dienstleistungen
 - d. Tilgung von Verbindlichkeiten
 3. Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO
 4. Maßgeblicher Zeitpunkt

Univ.-Prof. MMag. Dr. *Martin Trenker* ist Leiter des Instituts für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck.

- III. Wiederaufleben der Forderung (§ 41 Abs 2 Fall 2 IO)
 - A. Anwendungsbereich
 - B. Norminhalt
 - C. Wiederaufleben „materiell fremder“ Forderungen
 - D. Schicksal erloschener/aufgegebener Sicherheiten
 - 1. Grundsatz
 - 2. Rechtfertigung
 - 3. Schuldrechtliche Sicherheiten Dritter
 - 4. Schicksal erloschener „dinglicher“ Sicherheiten
 - a. Problemstellung
 - b. Dingliche Sicherheit aus dem Vermögen des Schuldners
 - c. Dingliche Sicherheit eines Dritten (Interzedenten)
 - 5. Spezialfall: Eigentumsvorbehalt
- IV. Sonderfälle
 - A. Anfechtung mittelbar nachteiliger Rechtsgeschäfte gem § 31 Fall 2 Alt 2 IO
 - 1. Allgemeines
 - 2. Teleologische Reduktion von § 41 IO?
 - 3. Ausmaß der Gegenansprüche
 - B. Anfechtung der Entgegennahme einer Leistung
 - C. Schicksal erloschener/aufgegebener dinglicher Rechte, insb eines Veräußerungs- und Belastungsverbots
 - 1. Problemaufriss
 - 2. Lösungsvorschlag qua § 41 IO
- V. Geltendmachung der Gegenansprüche gem § 41 IO
 - A. Überblick
 - B. Privilegierte Ansprüche gem § 41 Abs 1 IO
 - 1. Allgemeines
 - 2. Entstehung – Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsbefugnis
 - 3. Beweislast
 - C. Insolvenzforderungen gem § 41 Abs 2 IO
- VI. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

I. Systematische Grundlagen

A. § 41 IO als normativer Dreh- und Angelpunkt

Schon in den Erläuterungen zum AnfG 1884 findet sich die naheliegende Erwägung, „*daß auch die Gläubiger auf Kosten eines, wenn auch unredlichen Anfechtungsbeklagten sich nicht bereichern sollen*“.¹⁾ Rechtstechnisch wird diesem „Bereicherungsverbot“ der Gläubiger bzw der Insolvenzmasse allerdings weniger auf Ebene des anfechtungsrechtlichen Leistungsanspruchs in § 39 IO, sondern vor allem durch die Anerkennung von Gegenansprüchen des Anfechtungsgegners in § 41 IO Rechnung getragen.

Das Ausmaß des Gegenanspruchs muss dementsprechend grundsätzlich – insoweit durchaus vergleichbar mit der schadenersatzrechtlichen Differenzmethode zur subjektiv-konkreten Schadensermittlung²⁾ – so bemessen sein, dass die Masse nicht besser steht, als sie ohne

¹⁾ Abgedruckt bei *Kaserer*, Die Gesetze vom 16. März 1884, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner (1884) 96.

²⁾ RIS-Justiz RS0030153; RS0022818; *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹⁴ (2015) Rz 1435.

Vornahme der anfechtbaren Handlung stünde.³⁾ Zur Verwirklichung dieser Vorgabe differenziert das Gesetz, namentlich § 41 IO (wie übrigens bereits § 25 AnfG 1884, rechtsvergleichend aber etwa auch § 144 InsO in Deutschland) zwischen vier Konstellationen: Abs 1 lautet: „Der Anfechtungsgegner kann die Zurückstellung seiner Gegenleistung aus der Insolvenzmasse verlangen, soweit sie in dieser noch unterscheidbar vorhanden ist“ (= Konstellation 1⁴⁾) „oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist“ (= Konstellation 2⁵⁾). Abs 2 ergänzt: „Eine weitergehende Forderung auf Erstattung der Gegenleistung“ (= Konstellation 3⁶⁾) „sowie die infolge Erstattung einer anfechtbaren Leistung wieder auflebende Forderung“ (= Konstellation 4⁷⁾) „können nur als Insolvenzforderungen geltend gemacht werden“.

B. Entstehungsgeschichte und Kategorisierung

Die Einteilung folgt offensichtlich dem Schema, dass in Abs 1 jene Ansprüche genannt werden, deren Durchsetzung privilegiert wird (zur exakten Rechtsnatur unten II.C.), in Abs 2 hingegen jene, die prinzipiell (vgl aber noch III.B.) als gewöhnliche Insolvenzforderungen zu qualifizieren sind.

Wie die deutsche InsO zeigt, könnte man diese Gegenansprüche legistisch aber auch ganz anders strukturieren, nämlich anhand der Art des Gegenanspruchs. § 144 InsO regelt in Abs 1 nur den Fall der wiederauflebenden Forderung, in Abs 2 hingegen drei Fälle von Ansprüchen auf die Gegenleistung des Anfechtungsgegners. In der deutschen Konkursordnung 1877⁸⁾ (im Folgenden: „dKO 1877“), welche bezüglich der Gegenansprüche sowohl als Vorbild für § 144 InsO als auch für § 41 KO/IO gedient haben dürfte,⁹⁾ äußerte sich diese Differenzierung sogar in zwei unterschiedlichen Paragraphen: § 31 dKO 1877 enthielt die drei skizzierten Ansprüche auf Rückersatz der Gegenleistung, während § 32 dKO 1877 das Wiederaufleben bei Rückgewähr einer anfechtbaren Leistung anordnete („tritt seine Forderung wieder in Kraft“).¹⁰⁾

Konkret fußt diese Einteilung – vereinfacht gesprochen – auf der Unterscheidung zwischen einer Anfechtung des (entgeltlichen) Grundgeschäfts, welche einen Anspruch des Anfechtungsgegners auf Rückersatz seiner Gegenleistung begründet, und einer Anfechtung der Erfüllung oder Schuldtilgung, welche das Wiederaufleben der in anfechtbarer Weise getilgten Forderung nach sich zieht. Diese Kategorisierung nach der Anfechtung des Grundgeschäfts und der Anfechtung der Erfüllung ist auch im österreichischen Schrifttum verbreitet.¹¹⁾

³⁾ Vgl nur RIS-Justiz RS0050372. In OGH 17 Ob 7/22m wurde diese Wertung jüngst – wenn auch bei der Einzelanfechtung – sogar quasi zur gesetzlichen Regel erhoben.

⁴⁾ Im Folgenden: § 41 Abs 1 Fall 1 IO.

⁵⁾ Im Folgenden: § 41 Abs 1 Fall 2 IO.

⁶⁾ Im Folgenden: § 41 Abs 2 Fall 1 IO.

⁷⁾ Im Folgenden: § 41 Abs 2 Fall 2 IO.

⁸⁾ RGBl 1877, 351 ff; abrufbar unter reichsgesetzblatt.de/D/RGBl-D/1877/10-haupt.htm (abgerufen am 6. 4. 2023).

⁹⁾ Die Materialien zur dKO 1877 führen ihrerseits die „Bremer Debit- und Lübecker Konkursordnung“, das „Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch“ sowie die „Bayerische Prozeßordnung“ als Regelungsvorbilder an.

¹⁰⁾ Mit der Novelle vom 17. 5. 1898 (RGBl 1898, 230) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. 5. 1898 (RGBl 1898, 612) wurden die Bestimmungen unverändert in §§ 38, 39 dKO übernommen.

¹¹⁾ Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991) 76; Trenker, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 46f; Rebernik in Konecny, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (74. Lfg; 2021) § 41 IO Rz 9 ff, 22 ff; Kodek, Insolvenzrecht² (2022) Rz 382; Fink/

Wenngleich bestimmte Konstellationen diese kategorische Einteilung als zu pauschal entlarven (dazu unten I.D.), ist ihr systematisch-didaktischer Wert bei typisierender Betrachtung unbestreitbar; sie wird deshalb auch den folgenden Ausführungen zugrunde gelegt (unten II. sowie III.).

C. Teleologie

1. Ansprüche auf Rückersatz der Gegenleistung

Die Ansprüche auf Ersatz der Gegenleistung werden also primär mit der Anfechtung eines entgeltlichen (dazu unten I.E.), bereits erfüllten Grundgeschäfts konnotiert, weil die – wenngleich nur relative¹²⁾ – Unwirksamklärung des Grundgeschäfts eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung der ausgetauschten Leistungen erfordert.¹³⁾ Abhängig vom Schicksal der Gegenleistung kennt die IO allerdings mit § 41 Abs 1 Fall 1 und 2 sowie Abs 2 Fall 1 gleich drei verschiedene Ansprüche: Ist die Sache noch unterscheidbar vorhanden, muss sie in natura herausgegeben werden (Abs 1 Fall 1). Ist nur ihr Wert unterscheidbar vorhanden – wohlgemerkt: bei Insolvenzeröffnung (unten II.D.4.) –, erhält der Anfechtungsgegner vollen Wertersatz (Abs 1 Fall 2).

In allen anderen Fällen, wenn also weder die Sache noch ihr Wert bei Insolvenzeröffnung vorhanden ist, erhält der Anfechtungsgegner „nur“ eine Insolvenzforderung in Höhe des Werts der Gegenleistung (Abs 2 Fall 1). Dass dem Anfechtungsgegner überhaupt eine Insolvenzforderung zuerkannt wird, ist systematisch nicht ohne weiteres geboten oder gar selbst-erklärend. *Koziol*¹⁴⁾ will den Anspruch als einen bereicherungsrechtlichen Rückersatzanspruch erklären, weil „nach den Grundsätzen der Gleichbehandlung [...] angenommen werden“ müsse, dass die Leistung „gleichmäßig, dh in Höhe der Konkursquote, zur vorhandenen Konkursmasse beigetragen habe“. Wenn jedoch gerade keine Bereicherung mehr (nachweisbar) vorhanden ist, ist diese Annahme wenig überzeugend. Es ist auch nicht ersichtlich, wo eine derartige (unwiderlegbare) Vermutung einer quotenentsprechenden Bereicherung in der insolvenzrechtlichen Systematik sonst herangezogen würde.

Die hL erkennt in dieser Anordnung demgegenüber eine Begünstigung des Anfechtungsgegners „aus Billigkeitsrücksichten“.¹⁵⁾ Auch dieses Erklärungsmodell ist allerdings mE nicht uneingeschränkt überzeugend. Soweit die Billigkeit darin erblickt wird, dass der Rückforderungsanspruch erst nach Insolvenzeröffnung entstanden sei und er daher eigentlich keine Insolvenzforderung begründen könne, ist dem entgegenzuhalten, dass der Leistungsaus-

Trenker, Insolvenzzrecht¹¹ (2022) 86; ausf *König/Trenker*, Die Anfechtung nach der Insolvenzzordnung⁶ (2020) Rz 16.4ff, Rz 16.21ff.

¹²⁾ RIS-Justiz RS0064454; 8 Ob 671/90; 3 Ob 83/12w; 3 Ob 40/17d; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzzrecht I⁴ (2000) § 27 KO Rz 52ff; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.11f; *Rebernic* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 27 IO Rz 21; *Bollenberger/Spitzer* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, Insolvenzzordnung² (2023) § 27 IO Rz 27.

¹³⁾ Näher *Koziol*, Gläubigeranfechtung 77.

¹⁴⁾ Gläubigeranfechtung 78f; ebenso *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht I⁴ § 41 KO Rz 5; zust *Rebernic* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 41 IO Rz 3.

¹⁵⁾ *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz I³ (1937) 255 (§ 41 KO Anm 10); *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.16; vgl auch *Ehrenzweig*, Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung (1916) 429; *Lehmann*, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung I (1916) 345; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzzrecht (1983) 406.

tausch vor Insolvenzeröffnung stattgefunden hat und das ebenfalls vor Insolvenzeröffnung abgeschlossene Grundgeschäft wegen der bloß relativen Wirkung der Anfechtung¹⁶⁾ gegenüber dem Schuldner wirksam bleibt. Dass der daraus resultierende Rückersatzanspruch zumindest eine Insolvenzforderung begründet, erscheint folglich durchaus naheliegend; jedenfalls dürften die Gesetzesmaterialien zu § 31 dKO 1877¹⁷⁾ und in Ansätzen wohl auch jene zu § 41 KO/IO¹⁸⁾ von dieser Überlegung getragen gewesen sein.

Bemerkenswert ist vielmehr, dass durch § 41 Abs 2 Fall 1 IO derjenige mit seinem Rückersatzanspruch (!) ähnlich wie ein Vorleistender behandelt wird, der eine Leistung im Rahmen eines anfechtbaren Austauschgeschäfts erbracht hat, wenn von dieser Leistung bei Insolvenzeröffnung nichts mehr übrig ist: Die von ihm erbrachte Leistung wird ihm nur mit einer Insolvenzforderung „abgegolten“. Dass damit das Risiko des Untergangs der Gegenleistung vor Insolvenzeröffnung zu einem gewissen Grad auf alle Gläubiger verteilt wird, mag vielleicht isoliert betrachtet wie eine „Wohltat“ zugunsten des Anfechtungsgegners erscheinen. Führt man sich indes vor Augen, dass das Risiko des Untergangs der vom Schuldner geleisteten Sache nach § 39 IO nicht die Masse, sondern weitgehend ebenfalls den Anfechtungsgegner trifft (er gilt ja grundsätzlich als unredlicher Besitzer mit allen nachteiligen Folgen [§ 39 Abs 2 IO]),¹⁹⁾ trägt er im Wesentlichen die Gefahr beider Sphären. § 41 Abs 2 Fall 1 IO ist folglich mE vielmehr als Facette einer insolvenzspezifischen Risikoverteilung zu verstehen, die für den Anfechtungsgegner insgesamt keineswegs günstig oder besonders billig ist. Dementsprechend betonen die Materialien zu § 31 dKO 1877 sogar, dass das Regime der Anfechtung gerade durch diese Norm eine „größere Strenge erhält“ (also offenbar keinesfalls günstig für den Anfechtungsgegner ist), welche „nur wohlthuend für den Verkehr wirken“ könne.²⁰⁾

2. Anspruch auf Wiederaufleben der getilgten Forderung

Einfacher zu erklären ist § 41 Abs 2 Fall 2 IO, der die Anfechtung der Leistung zur Tilgung einer Schuld vor Augen hat. Wäre der Anfechtungsgegner nicht in anfechtbarer Weise befriedigt worden, stünde ihm ja zumindest eine Insolvenzforderung zu. Folgerichtig muss es nach der erfolgreichen Anfechtung zu deren Wiederaufleben kommen, um abermals eine Bereicherung der Masse zu vermeiden.²¹⁾ Zurückgehend auf *Koziol* wird dieser Gegenanspruch häufig mit dem gewährleistungsrechtlichen Verbesserungsanspruch des Anfechtungs-

¹⁶⁾ RIS-Justiz RS0064454; 8 Ob 671/90; 3 Ob 83/12 w; 3 Ob 40/17 d; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ § 27 KO Rz 52 ff; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.11 f; *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 21; *Bollenberger/Spitzer* in *KLS*² § 27 IO Rz 27.

¹⁷⁾ *Hahn*, Die gesammten Materialien zur Konkursordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, sowie zu dem Gesetze, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, vom 21. Juli 1879 (1881) 153. Bemerkenswert ist freilich die dortige Annahme, dass die Unredlichkeit des Anfechtungsgegners eine Insolvenzforderung ausschließen könne.

¹⁸⁾ Vgl *Kaserer* (FN 1) 96 aE.

¹⁹⁾ *Ehrenzweig*, Kommentar 411; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 393; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 15.17; abw *Koziol*, Gläubigeranfechtung 63 f; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ §§ 39, 40 KO Rz 21; *Bollenberger/Spitzer* in *KLS*² §§ 39, 40 IO Rz 15.

²⁰⁾ *Hahn*, Materialien KO 153.

²¹⁾ Vgl nur *Lehmann*, Kommentar KO, AO, AnFO I 345; *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO, AO, AnFO I³ 256.

gegners begründet, weil seine Befriedigung mit dem Rechtsmangel der Anfechtbarkeit behaftet war.²²⁾ Angesichts der expliziten Anordnung des Wiederauflebens ist der Mehrwert dieses „dogmatischen Umwegs“ mE aber wohl begrenzt.

In der Sache wesentlich ist demgegenüber, dass der Anfechtungsgegner in dieser Konstellation keinen Anspruch auf Rückersatz jener Gegenleistung hat, die er bereits als Vorleistung zur Abwicklung jenes Vertrags erbracht hat, aus dem die anfechtbar getilgte Schuld stammt. Denn der Zweck der isolierten Anfechtung der Schuldtilgung, namentlich vor allem gem §§ 30, 31 Fall 1²³⁾ IO, erfordert es gerade, eine Vorleistung des Anfechtungsgegners nicht zu seinen Gunsten zu veranschlagen (dazu sogleich unten I.D.).

Auch kann das Erlöschen der getilgten Schuld selbst nicht als „Gegenleistung“ iSd § 41 Abs 1 oder Abs 2 Fall 1 IO für die Schuldtilgung qualifiziert werden. Es gelangt insoweit eben § 41 Abs 2 Fall 2 IO als *lex specialis* exklusiv zur Anwendung.²⁴⁾ Dementsprechend betonen schon die Materialien zu § 32 dKO 1877, dass das – eigentlich nicht weiter begründungsbedürftige – Wiederaufleben der Forderung gerade deshalb explizit angeordnet werden soll, weil „das Aufleben der Forderung nur gezwungen unter den Gesichtspunkt einer Erstattung der Gegenleistung gebracht werden könnte“.²⁵⁾

D. Verhältnis der Ansprüche zueinander

Die wohl hL geht – zumindest implizit – davon aus, dass sich der Anspruch auf Rückersatz der Gegenleistung gem § 41 Abs 1 Fall 1, 2 sowie Abs 2 Fall 1 IO und der Anspruch aufgrund des Wiederauflebens der getilgten Forderung gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO gegenseitig ausschließen.²⁶⁾ Die Prämisse vom gegenseitigen Ausschlusscharakter der Gegenansprüche basiert auf der Vorstellung, dass der Anspruch auf Rückersatz der Gegenleistung immer nur mit der Anfechtung des Grundgeschäfts einhergeht, während bei der Deckungsanfechtung lediglich ein Anspruch auf Wiederaufleben der Forderung besteht. Hintergrund dieser strikten Abgrenzung ist wohl die – soeben herausgearbeitete (oben I.C.2.) – Feststellung, dass bei der Anfechtung einer Schuldtilgung weder die Schuldtilgung als solche noch die erbrachte Vorleistung als „Gegenleistung“ iSd § 41 IO anzusehen ist. Als wesentliche Konsequenz davon wird angenommen, dass der Insolvenzverwalter durch die Wahl, ob er das Grundgeschäft oder die bloße Erfüllung anfecht, mitunter maßgeblichen Einfluss auf die Höhe der Gegenansprüche des Anfechtungsgegners nehmen kann.²⁷⁾

²²⁾ Koziol, Gläubigeranfechtung 67, 76; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ §§ 39, 40 KO Rz 5; § 41 KO Rz 20; Bollenberger/Spitzer in KLS² §§ 39, 40 IO Rz 3; § 41 IO Rz 10; ebenso noch zu unreflektiert Trenker, Insolvenzanfechtung 47.

²³⁾ Gemeint sind mit „Fall 1“ genau genommen § 31 Abs 1 Z 1 Fall 1 sowie Z 2 Fall 1 IO.

²⁴⁾ OLG Graz 2 R 26/05v; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ §§ 39, 40 KO Rz 7; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 16.6; vgl auch Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 407; ebenso zum deutschen Recht Henckel in Jaeger-Henckel/Gerhardt, Großkommentar Insolvenzordnung IV (2008) § 144 Rz 4, der jedoch von vornherein keine Gegenleistung in der Schuldtilgung erkennen will.

²⁵⁾ Hahn, Materialien KO 154.

²⁶⁾ Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 2; für Deutschland Henckel in Jaeger-Henckel/Gerhardt, InsO § 144 Rz 4; Kirchhof/Piekenbrock in Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung II⁴ (2019) § 144 Rz 3; Borries/Hirte in Uhlenbruck, Insolvenzordnung I¹⁵ (2019) § 144 Rz 9; Büteröwe in K. Schmidt, Insolvenzordnung²⁰ (2023) § 144 Rz 1.

²⁷⁾ Trenker, Insolvenzanfechtung 47f; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 16.24; Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 2.

In dieser Allgemeinheit bedarf diese Systematik mE jedoch einiger Modifikationen. Wie in der jüngeren deutschen Lehre zunehmend erkannt wird, ist die Abgrenzung der beiden Ansprüche nämlich nicht formal-schematisch, sondern anhand des vom Anfechtungsgegner übernommenen Vorleistungsrisikos zu ziehen.²⁸⁾ Die Übernahme des Vorleistungsrisikos ist – wie schon angedeutet (oben I.C.2.) – ja auch der Grund, warum eine Vorleistung des Anfechtungsgegners nicht als „Gegenleistung“ iSd § 41 IO anzusehen ist.

Leistet der Anfechtungsgegner hingegen Zug-um-Zug, was zwar eine Anfechtung nach §§ 30, 31 Fall 1 IO, aber jedenfalls nach jetzigem Stand der Dogmatik²⁹⁾ nicht nach § 28 IO ausschließt, oder zeitlich sogar erst nach dem Insolvenzschuldner, so ist kein Grund ersichtlich, warum ihm selbst bei der Anfechtung der Schuldtilgung – sofern die Tilgung ohne Vorleistung des Anfechtungsgegners ausnahmsweise überhaupt anfechtbar ist³⁰⁾ – entgegen dem Wortlaut von § 41 IO ein Anspruch auf Rückersatz seiner „Gegenleistung“ verwehrt werden soll.³¹⁾ Obwohl also nur die Schuldtilgung angefochten wurde, besteht in diesem Ausnahmefall ein Anspruch des Anfechtungsgegners auf Rückersatz seiner Gegenleistung gem § 41 Abs 1 Fall 1, 2 oder Abs 2 Fall 1 IO.

Da jedoch das Grundgeschäft unanfechten bleibt, käme es nach der Rückabwicklung des Leistungsaustausches zum Wiederaufleben der wechselseitigen Erfüllungsansprüche. Da nach der Rückabwicklung keine Seite (mehr) vollständig erfüllt hat, sind in weiterer Folge eigentlich §§ 21 ff IO einschlägig, richtigerweise wohl kraft analoger Anwendung. Dies fußt auf dem Gedanken, dass die anfechtungsrechtliche Rückabwicklung den – als solchen unanfechtenen – Vertrag also gewissermaßen wieder ins Stadium beidseitiger Nichterfüllung iSd § 21 IO zurückbringt. Nach zutreffender Ansicht in Deutschland verliert der Insolvenzverwalter mit der Anfechtung allerdings die „Erfüllungsoption“ des § 21 Abs 1 Fall 1 IO. Denn es wäre widersprüchlich (um nicht zu sagen: rechtsmissbräuchlich), zunächst die (für die Masse ohnehin privilegierte) Rückabwicklung des Leistungsaustausches zu fordern und daraufhin auf die erneute Erfüllung zu bestehen.³²⁾ Es ist folglich zwingend vom Rücktritt des Insolvenzverwalters gem § 21 Abs 1 Fall 2 IO analog auszugehen. Dem Anfechtungsgegner steht somit trotz des vollständigen Wiederauflebens seines Erfüllungsanspruchs gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO nur eine Insolvenzforderung im Ausmaß des Nichterfüllungsschadens zu (§ 21 Abs 2 Satz 3 IO analog).³³⁾ Zu einer echten Konkurrenz zwischen dem Anspruch auf

²⁸⁾ *Jacoby* in *Kübler/Prütting/Bork*, Insolvenzordnung (69. Lfg; 11/16) § 144 Rz 21 ff; *Kebekus*, Die Gegenleistung in der Insolvenz (2021) 159 ff mwN; dagegen jüngst, allerdings mit mE schwer verständlicher Begründung *Labusga*, Insolvenzanfechtung von Austauschgeschäften (2021) 104 ff.

²⁹⁾ Vgl dagegen die Einschränkung zu § 31 Fall 2 IO bei *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.55/1.

³⁰⁾ Ob sogar eine Vorleistung des Schuldners nach §§ 30, 31 Fall 1 IO angefochten werden kann, hängt davon ab, ob diese Konstellation wie eine Zug-um-Zug-Leistung privilegiert wird (dazu *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 10.3 ff; Rz 11.34 mwN). Dies ist mE zu bejahen, weil der Anfechtungsgegner in dieser Konstellation abermals kein Vorleistungsrisiko übernommen hat und sich folglich argumentieren lässt, er sei im Zeitpunkt der angefochtenen Leistung noch kein Gläubiger iSd §§ 30, 31 IO (ganz iSd OGH 3 Ob 575/86: „gleichzeitig mit der Begründung oder schon vorher geschah“).

³¹⁾ *Marotzke*, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht³ (2001) Rz 7.125; *Jacoby* in *Kübler/Prütting/Bork*, InsO § 144 Rz 21 ff; *Kebekus*, Gegenleistung 163 ff; im Ergebnis wohl auch *Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung (2016) 363 f.

³²⁾ Völlig zutr *Marotzke*, Gegenseitige Verträge³ Rz 7.125, 7.130; *Kebekus*, Gegenleistung 170 ff.

³³⁾ Das ist sachgerecht: Wenn der Schuldner ein nachteiliges Grundgeschäft abgeschlossen hat, dieses Grundgeschäft aber nicht angefochten wurde, soll die Masse den daraus resultierenden „Erfüllungsschaden“ (als Insolvenzforderung) tragen müssen.

Rückersatz der Gegenleistung und dem wiederauflebenden Anspruch auf Erfüllung kommt es daher nicht.

Fallbeispiel 1: Der Schuldner S kauft etwas mehr als zwei Jahre vor Insolvenzeröffnung in Benachteiligungsabsicht vom Verkäufer V eine Maschine im Wert von 60 zum Preis von 100. Wenige Wochen später, innerhalb der Zweijahresfrist vor Insolvenzeröffnung, wird der Vertrag – bei fortwährender Benachteiligungsabsicht – Zug-um-Zug abgewickelt. Bei Insolvenzeröffnung steht die Maschine unversehrt und unbelastet im Betrieb. Der Insolvenzverwalter ficht (nur) die Erfüllung des Kaufvertrags erfolgreich gem § 28 Z 2 IO an, woraufhin V zur Rückzahlung von 100 verurteilt wird. Obwohl nur die Schuldtilgung angefochten wurde, hat V mE einen Anspruch auf Herausgabe der Maschine gem § 41 Abs 1 Fall 1 IO. Nach der Rückabwicklung der wechselseitigen Ansprüche besteht weiterhin der Kaufvertrag, der wegen der Rückabwicklung als beidseitig nicht erfüllt anzusehen ist. Die Anfechtung seiner Erfüllung ist jedoch als Rücktritt des Masseverwalters gem § 21 IO zu werten. Damit steht dem Anfechtungsgegner wegen der mit der Anfechtung zwangsläufig einhergehenden Nichterfüllung des Kaufvertrags zusätzlich eine Insolvenzforderung in Höhe des Nichterfüllungsschadens von 40 (Kaufpreis 100 abzüglich des Werts der Maschine iHv 60) gem § 21 Abs 2 Satz 3 IO analog zu.

Anderes gilt jedoch in der Tat, wenn der Anfechtungsgegner ursprünglich vorgeleistet hat, aber anschließend für die Tilgung nochmals eine Gegenleistung erbringt. In dieser Konstellation konkurriert der Anspruch auf Rückersatz dieser Gegenleistung gem § 41 Abs 1 Fall 1, 2 oder Abs 2 Fall 1 IO vollinhaltlich mit jenem auf Wiederaufleben der getilgten Forderung gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO. Dies möge folgendes Beispiel illustrieren:

Fallbeispiel 2: Der Gläubiger G hat zwei offene Forderungen gegenüber dem Schuldner S, eine Forderung iHv 100 sowie eine Forderung iHv 200. S erklärt sich im Rahmen von Sanierungsgesprächen bereit, G die Forderung iHv 200 zu zahlen, wenn G dafür auf seine andere Forderung iHv 100 verzichtet.³⁴⁾ Wird die Tilgung der Schuld iHv 200 erfolgreich angefochten, kommt es zum einen zum Wiederaufleben dieser Forderung als Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO. Zum anderen hat G Anspruch auf Rückersatz seiner Gegenleistung, die im Verzicht auf die Forderung iHv 100 bestand. Wie noch zu zeigen sein wird (unten II.D.2.d.), begründet ein solcher Verzicht auf eine Insolvenzforderung keinen Anspruch gem § 41 Abs 1 Fall 1 IO, sodass G Anspruch auf eine Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO iHv 100 hat. Zusammengefasst kann G gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO eine Insolvenzforderung iHv 200 sowie gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO eine Insolvenzforderung iHv 100 anmelden. Das Ergebnis ist interessengerecht, weil Masse und Anfechtungsgegner so gestellt werden, wie sie ohne anfechtbare Handlung stünden.

Schließlich meint *Rebernik*³⁵⁾, wie übrigens auch schon *Bartsch*³⁶⁾, dass es zulässig sei, zunächst die Schuldtilgung anzufechten und anschließend – auch außerhalb der Jahresfrist des § 43 Abs 2 IO – die wiederauflebende Forderung im Wege der einredeweisen Anfechtung des Grundgeschäfts zu bekämpfen; dem Anfechtungsgegner würde daraufhin ein Anspruch auf Rückersatz seiner Gegenleistung zustehen. Dieser Ansicht ist allerdings mE nicht zu folgen.

³⁴⁾ Vgl dazu den Sachverhalt in BGH IX ZR 185/13 NZI 2016, 262 (*Böhme*).

³⁵⁾ In *Konecny*, Insolvenzesetze § 41 IO Rz 27; ebenso schon *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO, AO, AnFO I³ 256.

³⁶⁾ In *Bartsch/Pollak*, KO, AO, AnFO I³ 256. Nicht eindeutig sind hingegen die Ausführungen bei *Ehrenzweig*, Kommentar 431. In der von *Rebernik* (in *Konecny*, Insolvenzesetze § 41 IO Rz 27) zitierten Kommentierung von *Jacoby* (in *Kübler/Prütting/Bork*, InsO § 144 Rz 5) findet diese Ansicht mE keine Bestätigung.

Sie läuft darauf hinaus, dass der Insolvenzverwalter von der Anfechtung der Schuldtilgung im Nachhinein, und zwar sogar außerhalb der Jahresfrist, auf die Anfechtung des Grundgeschäfts „umsteigen“ kann. Für ein derartiges „nachträgliches Optionsrecht“ ist jedoch kein Bedarf und auch keine Rechtfertigung ersichtlich. Vielmehr liegt in der Anfechtung des Grundgeschäfts stets ein selbständiger Angriff und keine unbefristet zulässige Einrede, was schon der Umstand indiziert, dass daraus – wie *Rebernik*³⁷⁾ selbst ausführt – ein „neuer“ Gegenanspruch des Anfechtungsgegners resultieren würde.³⁸⁾ Das systemkonforme und sachgerechte Ergebnis ist, dass sich der Insolvenzverwalter binnen der Jahresfrist des § 43 Abs 2 IO endgültig entscheiden muss – bei Zweideutigkeiten in der Klage hat dies das Gericht zu erörtern (§ 182 ZPO) –, ob er das Grundgeschäft oder die Erfüllung/Deckung anfechtet.

*Fallbeispiel 3: Der Schuldner S kauft vom Verkäufer V 5 Monate vor Insolvenzeröffnung und nach eingetretener Zahlungsunfähigkeit eine Maschine im Wert von 60 zum Preis von 100. V leistet vor und erhält erst Wochen später, aber noch kurz vor Insolvenzeröffnung Zahlung der 100. Bei Insolvenzeröffnung steht die Maschine unversehrt und unbelastet im Betrieb. Der Insolvenzverwalter ficht die Erfüllung des Kaufvertrags an, woraufhin V zur Rückzahlung von 100 verurteilt wird. Meldet er nun seine wiederauflebende Forderung gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO an, ist eben fraglich, ob der Insolvenzverwalter diese Forderungsanmeldung im Wege der anfechtungsrechtlichen Einrede bestreiten kann, weil der Kaufvertrag ein unmittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft sei. Nach *Rebernik* ist dies möglich, wobei mE nicht eindeutig ist, ob der Insolvenzverwalter nach dieser Auffassung doch noch die Maschine gem § 41 Abs 1 Fall 1 IO herausgeben müsse. Wäre dies der Fall, läge ein unnötiger Umweg im Vergleich zur sofortigen Anfechtung des Kaufvertrags vor. Wäre dies nicht der Fall, liefe diese Ansicht auf ein mE interessenwidriges „Rosinenpicken“ zugunsten des Insolvenzverwalters hinaus. Eine solche Einrede ist daher von vornherein abzulehnen.*

Zusammengefasst bringt die schematische Einteilung, wonach der Anspruch auf Rückersatz der Gegenleistung nur bei einer Anfechtung des Grundgeschäfts zur Anwendung gelange, wohingegen die Anfechtung der Schuldtilgung nur zum Wiederaufleben der getilgten Forderung führen könne, und sich beide Ansprüche gegenseitig ausschließen, zwar die typischen Gegebenheiten einprägsam auf den Punkt. Die Rechtslage wird dadurch jedoch etwas verkürzt wiedergegeben: Denn auch die für eine angefochtene Schuldtilgung erbrachte Gegenleistung kann, soweit der Anfechtungsgegner dabei kein Vorleistungsrisiko übernommen hat, diese aber dennoch erfolgreich (nach § 28 IO) angefochten wird (vgl Fallbeispiel 1), einen Anspruch nach § 41 Abs 1 Fall 1, 2 oder Abs 2 Fall 1 IO begründen; dieser kann ausnahmsweise sogar mit dem Anspruch auf Wiederaufleben gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO konkurrieren.

E. Keine Anwendung von § 41 IO auf unentgeltliche Verfügungen

Keine Anwendung findet § 41 IO auf unentgeltliche Verfügungen. Dies ist bei ausschließlich unentgeltlichen Verfügungen unstrittig und geradezu selbstverständlich: Da Wesensmerkmal der Unentgeltlichkeit gerade das Fehlen einer Gegenleistung ist,³⁹⁾ kann es auch keinen An-

³⁷⁾ In *Konecny*, Insolvenzesetze § 41 IO Rz 27.

³⁸⁾ Vgl allgemein zur Abgrenzung der Einrede *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 17.41, 17.45; *Bollenberger/Spitzer* in *KLS*² § 41 IO Rz 9.

³⁹⁾ OGH 4 Ob 507/93; 3 Ob 239/09 g; RIS-Justiz RS0050235; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 9.3; *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzesetze § 29 IO Rz 4.

spruch des Anfechtungsgegners auf Rückersatz einer Gegenleistung gem § 41 Abs 1 Fall 1, 2 oder Abs 2 Fall 1 IO geben. Bei Anfechtung der Tilgung einer unentgeltlich begründeten Schuld mag es dagegen zwar zu einem Wiederaufleben der getilgten Schuld iSd § 41 Abs 2 Fall 2 IO kommen. Da die Forderung jedoch mit derselben Rechtsnatur wie vor der anfechtbaren Handlung wiederauflebt, handelt es sich um eine vom Insolvenzverfahren ausgeschlossene Forderung gem § 58 Z 3 IO (dazu noch unten III.B.).⁴⁰⁾

Umstritten ist die Anwendung von § 41 IO jedoch bei der Anfechtung einer gemischten Schenkung: Ist die Leistung des Schuldners teilbar, stellt sich das Problem zwar nicht, weil der Anfechtungsgegner einfach gem § 39 IO den „unentgeltlichen Teil“ davon herauszugeben hat.⁴¹⁾ War die Leistung des Schuldners aber unteilbar, hat der Anfechtungsgegner richtigerweise die gesamte Leistung zurückzugeben.⁴²⁾ Im Gegenzug hat er Anspruch auf seine Gegenleistung, nach wohl hM jedoch nur nach Maßgabe von § 41 IO.⁴³⁾ Das hätte zur Folge, dass ihm gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO nur eine Insolvenzforderung zustünde, wenn die Gegenleistung weder unterscheidbar (§ 41 Abs 1 Fall 1 IO) noch wertmäßig (§ 41 Abs 1 Fall 2 IO) in der Insolvenzmasse vorhanden wäre.⁴⁴⁾ Da die Schenkung jedoch nur im unentgeltlichen Ausmaß anfechtbar ist, erscheint es unbillig, die Gegenleistung, welche insoweit gar nicht Teil des Anfechtungsgegenstands ist, dem Regime des § 41 IO zu unterwerfen.⁴⁵⁾ Richtigerweise hat der Anfechtungsgegner daher einen unbedingten Anspruch auf Herausgabe seiner Gegenleistung; selbst bei Untergang der Gegenleistung ist ihm voller Wertersatz zu leisten. Seine Leistungspflicht gem § 39 IO besteht nur Zug-um-Zug gegen Erfüllung dieses Anspruchs.⁴⁶⁾ Im Übrigen kann er die Anfechtung durch Aufzahlung analog zum Widerruf einer gemischten Schenkung wegen groben Undanks von vornherein abwenden.⁴⁷⁾

Fallbeispiel 4: Der Schuldner S überlässt seiner Tochter eine Liegenschaft im Wert von 100 für eine Zahlung von 20. Es liegt nach der Parteiabsicht eine gemischte Schenkung vor. Nach wohl

⁴⁰⁾ § 58 Z 3 IO und § 29 IO sind mE deckungsgleich auszulegen; vgl wohl iSd Engelhart in Konecny, Insolvenzgesetze (58. Lfg; 2017) § 58 IO Rz 50; Katzmayer in KLS² § 58 IO Rz 10 a.

⁴¹⁾ OGH 3 Ob 574/83 RdW 1984, 43; 10 Ob 104/07 b; Schumacher, Die Anfechtung der nahehelichen Vermögensaufteilung, ÖBA 2003, 288 (292); König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 9.20; Rebernig in Konecny, Insolvenzgesetze § 29 IO Rz 9.

⁴²⁾ König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 9.20; Rebernig in Konecny, Insolvenzgesetze § 29 IO Rz 9; ebenso für Deutschland Kayser/Freudenberg in MüKoInsO⁴ § 134 Rz 42 mwN; abw noch RIS-Justiz RS0018875; OGH 3 Ob 574/83 RdW 1984, 43; 6 Ob 311/04 k, wonach diesfalls zu überlegen sei, ob das Geschäft nach seinem Gesamtcharakter entgeltlich oder unentgeltlich sei.

⁴³⁾ OGH 3 Ob 574/83 RdW 1984, 43; Bartsch in Bartsch/Pollak, KO, AO, AnFO I³ 190; König, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung⁵ (2014) Rz 9/19.

⁴⁴⁾ Die Frage nach der Anwendung von § 41 IO ist daher keineswegs von bloß akademischer Bedeutung (aA Rebernig in Konecny, Insolvenzgesetze § 29 IO Rz 10).

⁴⁵⁾ Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 29 KO Rz 22; Bollenberger, ÖBA 2002, 817 (Anm); König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 9.20; wohl auch Wegan/Reiterer, Österreichisches Insolvenzrecht (1973) 70.

⁴⁶⁾ Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 29 KO Rz 22; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 9.20; ebenso die hM in Deutschland, zB Henckel in Jaeger-Henckel/Gerhardt, InsO § 134 Rz 29; Held, Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen gem. § 134 InsO (2017) 365; Kebekus, Gegenleistung 148; Kayser/Freudenberg in MüKoInsO⁴ § 134 InsO Rz 42.

⁴⁷⁾ Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 29 KO Rz 22; Schumacher, ÖBA 2003, 288 (292); König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 9.20 mwN; Bollenberger/Spitzer in KLS² § 41 IO Rz 5; aA Wegan/Reiterer, Insolvenzrecht 70. Im Ergebnis tritt auch die hM in Deutschland für ein Aufzahlungsrecht ein, zB Henckel in Jaeger-Henckel/Gerhardt, InsO § 134 Rz 29; Kayser/Freudenberg in MüKoInsO⁴ § 134 InsO Rz 42.

hM muss die Tochter die Liegenschaft herausgeben; ihre Leistung in Höhe von 20 erhalte sie nur als Insolvenzforderung, sofern die Zahlung nicht (ausnahmsweise) noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist (vgl unten II.D.). Nach mE zutreffender Ansicht muss sie die Liegenschaft hingegen nur Zug-um-Zug gegen Rückzahlung des (Teil-)Entgelts von 20 herausgeben.

Wenngleich § 41 IO somit bei einer Anfechtung nach § 29 IO nicht zur Anwendung gelangt, ist an die Privilegierung des Anfechtungsgegners gem § 39 Abs 3 IO zu erinnern: Demnach schuldet der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung, sofern auch kein anderer Anfechtungstatbestand verwirklicht ist, nur das Ausmaß seiner noch vorhandenen Bereicherung.⁴⁸⁾

F. Insolvenz des Anfechtungsgegners

In der Insolvenz des Anfechtungsgegners können die Gegenansprüche nach § 41 IO eine bemerkenswerte Konsequenz zeitigen: Geht man mit der *hM*⁴⁹⁾ nämlich davon aus, dass der anfechtungsrechtliche Leistungsanspruch gem § 39 IO in der Insolvenz des Anfechtungsgegners keinen Aussonderungsanspruch, sondern eine bloße Insolvenzforderung begründet, so kann sich die Anfechtung eines eigentlich nachteiligen Rechtsgeschäfts *prima vista* als befriedigungsuntauglich erweisen; nämlich dann, wenn dem Anfechtungsgegner – oder in dieser Konstellation eigentlich seinem Insolvenzverwalter – eine privilegierte Gegenforderung nach § 41 Abs 1 IO zusteht. Die Masse des Anfechtungsgegners müsste den Anfechtungsanspruch gem § 39 IO nur quotenmäßig bedienen, obwohl sie gem § 41 Abs 1 IO Anspruch auf ihre Gegenleistung *in natura* oder zumindest als Masseforderung hätte (zur Rechtsnatur der Ansprüche nach § 41 Abs 1 IO unten II.C.).

Dieses Ergebnis widerspricht den Zwecken der Anfechtung jedoch diametral. Der denkbare „Ausweg“, dass der Insolvenzverwalter in dieser Konstellation eben von einer Anfechtung Abstand nehmen müsse, um Nachteile für die Masse zu vermeiden, ist bestenfalls ein zynischer Rat, jedoch keine dogmatisch befriedigende Problemlösung. Dem Anfechtungsanspruch *nur* wegen dieser möglichen Unbilligkeit im Fall der Doppelinsolvenz mit der *hM* in Deutschland⁵⁰⁾ Aussonderungscharakter zuzubilligen, hieße demgegenüber das Kind mit dem Bade auszuschütten, zumal ansonsten keine stichhaltigen Sachargumente für einen Vorrang der anfechtenden Masse gegenüber den sonstigen Gläubigern des Anfechtungsgegners ersichtlich sind.⁵¹⁾

⁴⁸⁾ Näher dazu *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 15.23 ff; *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 39 IO Rz 80 ff mwN, dort auch zur äußerst umstrittenen Frage nach der Auslegung des kryptischen Gutgläubigersfordernisses (vgl demgegenüber weit klarer: § 143 Abs 2 Satz 2 InsO).

⁴⁹⁾ OGH 5 Ob 311/78 SZ 52/193; 7 Ob 624/89; *Ehrenzweig*, Kommentar 509; *Koziol*, Grundlagen 38 ff, 54; *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 305 f; *Trenker*, Insolvenzanfechtung 20; *Spitzer*, Das persönliche Recht auf Aussonderung (2017) 299; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.20; ebenso noch *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 138 FN 104; aA aber *Nunner-Krautgasser*, Haftungsrechtliche Unwirksamkeit infolge Insolvenzanfechtung und ihre Tragweite in der Insolvenz des Anfechtungsgegners, in *Konecny*, Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015 (2015) 129 (141 ff).

⁵⁰⁾ BGH IX ZR 252/01 NJW 2004, 214; IX ZR 167/18 NJW 2019, 2923; aus dem Schrifttum zB *Kirchhoff/Freudenberg* in *MüKoInsO*⁴ Vor §§ 129 bis 147 InsO Rz 23; *Kirchhoff/Piekenbrock* in *MüKoInsO*⁴ § 143 Rz 36.

⁵¹⁾ Die Gegenansicht von *Nunner-Krautgasser* (in *Konecny*, Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015, 129 [141 ff]) beschränkt sich darauf, scheinbar „natürliche“ Rückschlüsse aus dem Erklärungsmodell der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit anfechtbarer Rechtshandlungen zu ziehen und Gegenargumente – mehr oder weniger überzeugend – zu entkräften. Sie bleibt jedoch jegliche Rechtfertigung für die

ME ist die Lösung vielmehr in einer teleologischen Reduktion von § 41 Abs 1 IO für den Fall der Doppelinsolvenz zu suchen. Führt man sich vor Augen, dass die Qualifikation des Anfechtungsanspruchs als bloße Insolvenzforderung in der Insolvenz des Anfechtungsgegners primär auf einer Interessenabwägung der unterschiedlichen Gläubigergruppen beruht,⁵²⁾ § 41 IO andererseits das primäre Ziel verfolgt, eine Bereicherung der Masse zu verhindern (oben I.A. und I.C.) und die Anerkennung einer privilegierten Gegenforderung gegenüber einer bloßen Insolvenzforderung gerade über dieses Ziel hinausginge, zeigt sich eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes: Im Falle der Doppelinsolvenz darf auch dem Anfechtungsgegner (bzw seiner Insolvenzmasse) nie mehr als eine Insolvenzforderung zustehen, weil die Gläubiger des Anfechtungsgegners sonst in interessenswidriger Weise besser gestellt würden als jene des Schuldners. § 41 Abs 1 IO ist diesfalls in Folge der teleologischen Reduktion auch dann nicht anwendbar, wenn die Gegenleistung in der Masse noch in natura oder wertmäßig unterscheidbar vorhanden ist; es bleibt somit bei der Doppelinsolvenz immer nur eine Insolvenzforderung in Höhe des Werts der Gegenleistung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO.

Fallbeispiel 5: Der Schuldner S kauft nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit eine Liegenschaft mit objektivem Wert von 100 für 120 vom Anfechtungsgegner A. Nachdem der Insolvenzverwalter des S Klage auf Anfechtung dieses Kaufvertrags gem § 31 Fall 2 IO⁵³⁾ erhebt, wird über A das Insolvenzverfahren eröffnet. Die gekaufte Liegenschaft steht bei Insolvenzeröffnung noch im Eigentum von S und ist mittlerweile 110 wert. Ist die Anfechtung erfolgreich, hat der Insolvenzverwalter von S einen Leistungsanspruch auf Rückersatz der Zahlung von 120, den er im Insolvenzverfahren über A als Insolvenzforderung anmelden muss. Obwohl die Liegenschaft als Gegenleistung noch in der Masse des anfechtenden Insolvenzverwalters vorhanden ist und daher eigentlich § 41 Abs 1 Fall 1 IO anwendbar wäre, ist diese Anspruchsgrundlage in casu teleologisch zu reduzieren: Die Insolvenzmasse von A hat daher mE nur Anspruch auf Zahlung ihres Werts iHv 110 als Insolvenzforderung (§ 41 Abs 2 Fall 1 IO). Beachte: Ob die Anfechtung wirklich befriedigungstauglich war, zeigt sich damit erst, wenn die Höhe der Insolvenzquote in beiden Verfahren feststeht.⁵⁴⁾

II. Anspruch auf Gegenleistung (§ 41 Abs 1 Fall 1, 2, Abs 2 Fall 1 IO)

A. Anspruch auf Gegenleistung und „Verbot der Teilanfechtung“

Ein Anspruch auf Rückersatz der Gegenleistung ist – wie erwähnt (oben I.C.1.) – in erster Linie bei der Anfechtung eines gegenseitigen Verpflichtungsgeschäfts gegeben, das sich wegen Inäquivalenz der beidseitigen Verpflichtungen als unmittelbar nachteilig für die Gläubiger erweist. Prototyp ist der Kauf zu überhöhtem Preis oder der Verkauf unter Wert.⁵⁵⁾ Als relevante Anfechtungstatbestände kommen insb § 28 und § 31 Fall 2 IO in Betracht. Der Anfechtungsgegner ist daraufhin verpflichtet, gem § 39 IO alles zurückzustellen, was „dem Vermögen des Schuldners entgangen“ ist; im Gegenzug hat er Anspruch auf seine Gegenleistung gem § 41 Abs 1 Fall 1, 2 oder Abs 2 Fall 1 IO.

sehr wohl begründungsbedürftige Annahme einer Privilegierung des Leistungsanspruchs nach § 39 IO bzw einer Subsumtion dieses Anspruchs unter § 44 IO schuldig.

⁵²⁾ Koziol, Grundlagen 39; Trenker, Insolvenzanfechtung 21; Spitzer, Aussonderung 297 f; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 2.20; vgl auch zum deutschen Recht Eckardt, Anfechtung und Aussonderung. Zur Haftungsriorität des Insolvenzanfechtungsanspruchs im Verhältnis zu den Eigengläubigern des Anfechtungsgläubigers, KTS 2005, 32 ff.

⁵³⁾ Gemeint sind mit „Fall 2“ genau genommen § 31 Abs 1 Z 1 Fall 2, Z 2 Fall 2 sowie Z 3 IO.

⁵⁴⁾ Vgl bereits Trenker, Insolvenzanfechtung 158 FN 915.

⁵⁵⁾ Vgl Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 85.

Aus diesem Zusammenspiel von § 39 IO und § 41 Abs 1 Fall 1, 2 oder Abs 2 Fall 1 IO ergibt sich mE zwingend, dass Rechtsgeschäfte vollumfänglich anzufechten und rückabzuwickeln sind. Es handelt sich dabei um eine Facette des anerkannten Verbots der „Teilanfichtung“.⁵⁶⁾ Ein entgeltliches Austauschgeschäft darf nicht durch die Anfechtung quantitativ aufgesplittet werden, indem nur jener Teil des Rechtsgeschäfts für unwirksam erklärt wird, für den der Schuldner keine wertäquivalente Gegenleistung erhalten hat.⁵⁷⁾ Ein inäquivalentes Rechtsgeschäft kann also nicht mit der Maßgabe aufrechterhalten werden, „dass die Gegenleistung dem Wert der vom Schuldner zu erbringenden oder von diesem erbrachten Leistung angepasst wird“.⁵⁸⁾

In Deutschland hat der BGH⁵⁹⁾ bei vergleichbarer normativer Ausgangslage zwar zweimal gegenteilig entschieden und die Anfechtung bei einem zu hoch dotierten Beratervertrag auf den unangemessenen Überschuss beschränkt. Diese Auslegung entzieht dem Anspruch auf Rückerersatz der Gegenleistung in § 41 IO (bzw § 144 Abs 2 InsO) jedoch seinen Anwendungsbereich. Ein Restanwendungsbereich ließe sich allenfalls bei Unteilbarkeit der Leistung des Schuldners finden, weil die Lösung des BGH diesfalls nicht oder nur in stark modifizierter Form anzuwenden wäre. Für eine derartige Differenzierung zwischen teilbaren und unteilbaren Leistungen findet sich aber keine gesetzliche Grundlage. Diese Ansicht ist daher mE jedenfalls zum österreichischen Recht abzulehnen.⁶⁰⁾

Fallbeispiel 6: Für Beratungsleistungen zur Sanierung der Schuldnerin bezieht der Rechtsanwalt R ein Honorar iHv 50. Der Beratervertrag wird vom Insolvenzverwalter gem § 28 IO erfolgreich angefochten. Angemessen wäre maximal ein Honorar iHv 30 gewesen. Nach der erwähnten BGH-Entscheidung muss R lediglich den unangemessenen Teil seines Honorars, sohin den Betrag von 20 herausgeben. Nach mE zutreffender Ansicht hat R hingegen gem § 39 IO 50 rückzuerstatten. Im Gegenzug hat ihm die Masse seine Gegenleistung zu ersetzen; soweit bei solchen Beratungsleistungen grundsätzlich von einer anhaltenden Bereicherung im Ausmaß des „Werts der Arbeitsleistung“ auszugehen ist (dazu näher unten II.D.2.c.), hat R eine Masseforderung gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO iHv 30, mit der er gegen den Ersatzanspruch der Masse iHv 50 aufrechnen kann (unten V.B.2.). Das Ergebnis deckt sich somit – außer bei Masseunzulänglichkeit (dazu noch V.B.2.) – ohnehin weitgehend mit jenem des BGH.

⁵⁶⁾ RIS-Justiz RS0123338; OGH 10 Ob 104/07b; 3 Ob 55/10z; 3 Ob 181/11f; 3 Ob 223/12h; 3 Ob 188/12m; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 3.8; Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 74; Boltenberger/Spitzer in KLS² § 27 IO Rz 11.

⁵⁷⁾ Ausf Henckel in Jaeger-Henckel/Gerhardt, InsO § 129 Rz 247; Kayser/Freudenberg in MüKoInsO⁴ § 132 Rz 29; Kirchhoff/Piekenbrock in MüKoInsO⁴ § 143 Rz 30; aA jüngst Labusga, Insolvenzanfechtung 110 ff.

⁵⁸⁾ Henckel in Jaeger-Henckel/Gerhardt, InsO § 129 Rz 247.

⁵⁹⁾ BGH VIII ZR 62/79 BGHZ 77, 250; IX ZR 18/94 NJW 1995, 1093.

⁶⁰⁾ Explizit gegen die Lösung des BGH zum deutschen Recht Eckardt, Aspekte einer Vorteilsanrechnung im Anfechtungsrecht, ZInsO 2004, 888 (894f); Henckel in Jaeger-Henckel/Gerhardt, InsO § 129 Rz 247; Bartels in Kübler/Pritting/Bork, InsO § 129 Rz 363; Kirchhoff/Piekenbrock in MüKoInsO⁴ § 143 Rz 31; Kebekus, Gegenleistung 73 ff; aA aber Bitter, Die Insolvenzanfechtung im System des Zivilrechts, KTS 2016, 455 (509f mwN); Borries/Hirte in Uhlenbruck, InsO¹⁵ § 142 Rz 42; im Ergebnis ähnlich Häsemeyer, Insolvenzrecht⁴ (2007) Rz 21.71.

B. Begriff der Gegenleistung

1. Allgemeines

Wenngleich die – vollumfängliche – Anfechtung von entgeltlichen Verpflichtungsverträgen somit den paradigmatischen Anwendungsfall für § 41 Abs 1 Fall 1, 2, Abs 2 Fall 1 IO darstellt, ist deren Anwendungsbereich, wie ausführlich dargelegt (oben I.D.), nicht auf die Anfechtung von Austauschgeschäften beschränkt.⁶¹⁾ Entscheidende Determinante des Anwendungsbereichs des Anspruchs auf Rückersatz einer Gegenleistung ist folglich prinzipiell allein⁶²⁾ der Begriff der „Gegenleistung“.

Dieser Begriff ist nicht eng zu verstehen. Gegenleistung ist nach hM alles, was in kausaler oder konditionaler Verknüpfung mit der Leistung des Schuldners steht.⁶³⁾ Erfasst ist letztlich jede vermögenswerte Leistung, die *aufgrund* der anfechtbaren Rechtshandlung erbracht wurde.⁶⁴⁾ Ausgehend vom Zweck des § 41 IO ist primär danach abzugrenzen, ob die Leistung ohne anfechtbare Handlung nicht erbracht worden wäre.

2. Leistungen von und an Dritte

Ob die Leistung an den Schuldner oder *an* einen Dritten erfolgt, ist für die Qualifikation als Gegenleistung mE prinzipiell nicht ausschlaggebend, solange die Leistung nach dem Parteiwillen als Renumeration anzusehen ist. Ohne Vermögenszufluss an den Schuldner kommt freilich mangels Bereicherung der Masse nur eine Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO in Betracht.⁶⁵⁾

Wird die Gegenleistung *von* einem Dritten erbracht, so ist mE eine analoge Anwendung von § 41 IO geboten. Eine Bereicherung der Masse zulasten eines Dritten, dessen prinzipielle Schutzunwürdigkeit anders als jene des Anfechtungsgegners nicht einmal feststeht, muss nämlich erst recht (*argumentum a fortiore*⁶⁶⁾) vermieden werden. Anspruchsinhaber ist in dieser Konstellation allein der Dritte (vgl noch unten IV.C.2.).

3. Unmittelbare Vorteile (insb Zinsen und Früchte) aus der Gegenleistung

§ 41 IO spricht nur von der „Zurückstellung seiner Gegenleistung“, der Bereicherung „um ihren Wert“ und einer weitergehenden Forderung auf „Erstattung der Gegenleistung“. Dennoch kann die erbrachte Gegenleistung an den Schuldner bzw die Insolvenzmasse auch zusätzlich unmittelbare Vorteile bringen, womit der Zufluss beim schuldnerischen Vermögen den Wert der Gegenleistung sogar übersteigen kann. Man denke nur an Zinsen und Früchte. Es fragt sich folglich, ob der Rückersatzanspruch nach § 41 Abs 1 Fall 1, 2 und Abs 2 Fall 1 IO mit dem maximalen Wert der Gegenleistung begrenzt ist.

⁶¹⁾ Explizit aA zum deutschen Recht *Henckel in Jaeger-Henckel/Gerhardt*, InsO § 144 Rz 4.

⁶²⁾ Dies ist nicht ganz richtig. Relevant ist nämlich außerdem, dass Gegenleistungen ausgenommen sind, mit denen der Anfechtungsgegner das insolvenzrechtliche Vorleistungsrisiko übernommen hat (oben I.C.2.).

⁶³⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.6; *Rebernik in Konecny*, Insolvenzesetze § 41 IO Rz 6; *Bollenberger/Spitzer* in KLS² § 41 IO Rz 4.

⁶⁴⁾ Vgl *König*, Anweisung und Anfechtung im Konkurs, ÖJZ 1982, 228 (231 mwN); *Kirchhoff/Piekenbrock* in MüKoInsO⁴ § 144 Rz 25.

⁶⁵⁾ Vgl zutr *Rebernik in Konecny*, Insolvenzesetze § 41 IO Rz 6.

⁶⁶⁾ Es wird bewusst die – heute weniger gebräuchliche – Endung des Komparativs im Ablativ auf „-e“ gebraucht, wie sie im klassischen Latein üblich war.

Wenngleich die erwähnten Formulierungen in § 41 IO eine solche Begrenzung nahelegen, widerspräche dies nicht nur allgemeinen Grundsätzen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung, sondern auch dem konkreten telos, eine Bereicherung der Masse ohne anfechtbare Handlung hintanzuhalten (oben I.A. und I.C.). Es erscheine auch wenig gerecht, wenn zwar die Insolvenzmasse gem § 39 IO Früchte und Zinsen des anfechtbar übertragenen Vermögens vom Anfechtungsgegner verlangen könnte – § 39 Abs 2 IO erklärt den Anfechtungsgegner insoweit sogar ex lege zum unredlichen Besitzer⁶⁷⁾ –, umgekehrt aber alle Vorteile aus dem Besitz der Gegenleistung behalten dürfte. Es besteht daher mE ein Ersatzanspruch des Anfechtungsgegners für Vorteile, die unmittelbar dem Bezug der Gegenleistung zurechenbar sind, selbst wenn der Rückersatzanspruch des Anfechtungsgegners dadurch den (damaligen oder heutigen) Wert der Gegenleistung übersteigt. Die grundsätzliche Höhe des Anspruchs auf Rückersatz der Gegenleistung richtet sich somit nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Regeln. Nur die „insolvenzrechtliche Qualität“ des Anspruchs wird vom Regime des § 41 IO determiniert.

Abhängig von der Gut- oder Bösgläubigkeit des Schuldners (s nur §§ 330, 335 ABGB) besteht daher ein Rückersatzanspruch für die gezogenen Früchte aus der Gegenleistung, der entweder als Masse- (§ 41 Abs 1 Fall 2 IO) oder Insolvenzforderung (§ 41 Abs 2 Fall 1 IO) zu qualifizieren ist. Maßgeblich ist dafür, ob die daraus resultierende Bereicherung bei Insolvenzeröffnung noch vorhanden war. Wird eine Geldleistung etwa vereinbarungsgemäß zur Tilgung einer Schuld des Schuldners verwendet, so sind auch die ersparten Zinsen ersatzfähig. Besteht die Gegenleistung in einer Geldleistung und ist kein konkreter Vorteil nachweisbar, so gebührt dem Anfechtungsgegner immerhin der gesetzliche Zinssatz; mangels konkreter Bereicherung begründet der Zinsanspruch aber nur eine Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO und auch dies nur bis zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung (arg: § 58 Z 1 IO).⁶⁸⁾

Im Übrigen ist die Frage, welche Vorteile in hinreichendem Zurechnungszusammenhang zur Gegenleistung des Anfechtungsgegners stehen, dass sie im Rahmen von § 41 IO ersetzt werden müssen, einzelfallbezogen nach Wertungsgesichtspunkten vorzunehmen. Hier besteht noch großer Aufholbedarf für die (österreichische)⁶⁹⁾ anfechtungsrechtliche Dogmatik, weil das – in dieser Allgemeinheit mE unrichtige – Dogma von der absoluten Unzulässigkeit der Vorteilsanrechnung diese Problemstellung lange Zeit verdeckt hat (und dies weitgehend auch noch heute tut).⁷⁰⁾

Fallbeispiel 7: Der Schuldner verkauft seine teilweise mit Hypotheken belastete Liegenschaft nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit unter ihrem Verkehrswert. Der Kaufpreis wird vereinbarungsgemäß primär zur Tilgung der hypothekarisch besicherten Verbindlichkeiten verwendet, der „Überling“ fließt an den Schuldner. Der Kaufvertrag wird gem § 31 Fall 2 IO als un-

⁶⁷⁾ Dazu näher König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 15.16ff.

⁶⁸⁾ Davon zu unterscheiden ist die Konstellation, dass der Anfechtungsgegner nach Abwicklung des Kaufvertrags Zinsen für die noch nicht getilgten hypothekarischen Verbindlichkeiten tilgt. Deren Ersatzfähigkeit beurteilt sich nach den Regeln über den Aufwändersatz des Anfechtungsgegners, vgl König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 16.2; Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 6.

⁶⁹⁾ Im deutschen Recht wird dieses Dogma hingegen mittlerweile nicht mehr aufrechterhalten, s nur BGH IX ZR 194/04 NZI 2008, 163; IX ZR 86/08 ZIP 2009, 1674; IX ZR 185/13 NZI 2016, 262; Kayser/Freudenberg in MüKoInsO⁴ § 129 Rz 175; näher Eckardt, ZInsO 2004, 888ff; Harbeck, Gläubigerbenachteiligung als normative Voraussetzung der Insolvenzanfechtung (2013) 159ff; Bitter, KTS 2016, 455 (466ff); Lindgen, Die Vorteilsanrechnung im Insolvenzanfechtungsrecht (2021) passim.

⁷⁰⁾ Für die Unzulässigkeit der Vorteilsanrechnung König, Anfechtung⁵ Rz 16/4; Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 39 IO Rz 65ff; ebenso (noch) König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 5.34/1, 10.3/2, 16/3.

mittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft angefochten. Indem der Kaufpreis, also die eigentliche Gegenleistung, vereinbarungsgemäß zur Tilgung hypothekarisch besicherter Verbindlichkeiten des Schuldners verwendet wurde, begründet die dadurch eingetretene Zinersparnis mE grundsätzlich ebenfalls einen Ersatzanspruch des Anfechtungsgegners. Soweit die Zinsen im Wert der Liegenschaft Deckung finden und daher im Insolvenzverfahren aus der Sondermasse zu begleichen wären, ist dabei sogar die Masse bereichert. Dem Anfechtungsgegner stünde insofern folglich eine Masseforderung nach § 41 Abs 1 Fall 2 IO zu. Das gilt wegen § 48 Abs 1 IO selbst für ersparte Zinsen im vereinbarten Ausmaß (für die ersten sechs Monate ohne zusätzliche Verzugszinsen⁷¹)) nach Insolvenzeröffnung.

4. Beispiele

Paradigmatisches Anwendungsbeispiel für die Gegenleistung des Anfechtungsgegners ist jene Leistung, die im Synallagma mit der rückgeforderten Leistung des Schuldners stand.⁷²) Es sind aber auch zahlreiche Beispiele anerkannt, die sich weiter von diesem klassischen Fall entfernen:

- Wird die Bestellung einer Sicherheit angefochten, so kann die Auszahlung der Kreditvaluta als Gegenleistung veranschlagt werden (vgl unten zum zessionsbesicherten Kontokorrentkredit IV.A.3.).⁷³) Dies trifft allerdings mE nur dann zu, wenn die Sicherheitenbestellung Zug-um-Zug erfolgt und es sich um keine „Nachbesicherung“ handelt, weil die Auszahlung des Kredits sonst eine nicht anrechenbare Vorleistung darstellt (oben I.D.).
- Wenn der Anfechtungsgegner in Folge der Schuldtilgung eine dingliche Sicherheit aufgibt oder diese erlischt, so ist diese Rückstellung als „Gegenleistung“ anzusehen (unten III.D.4.b.).⁷⁴)
- Dasselbe gilt, wenn der Verbotsberechtigte wegen der anfechtbaren Liegenschaftstransaktion auf sein Veräußerungs- und Belastungsverbot (VuB-Verbot) verzichtet (dazu noch unten IV.C.).⁷⁵) oder ein anderes dingliches Recht aufgibt.
- Schon erwähnt wurde der Verzicht auf eine Forderung als Gegenleistung für die Tilgung einer anderen Forderung (oben I.D. Fallbeispiel 2).⁷⁶)
- Der Erbverzicht, den ein (pflichtteilsberechtigter) Verwandter des Schuldners abgibt, kann Gegenleistung für eine Zahlung des Schuldners sein.⁷⁷)
- Die Zahlung an den Anweisungsempfänger auf Anweisung des Schuldners ist ebenfalls eine Gegenleistung. Die damit möglicherweise verbundene Tilgung einer Verbindlichkeit des Schuldners ist hingegen nicht als Gegenleistung anzusehen, sondern lediglich für die Bemessung der Bereicherung der Masse relevant.⁷⁸)

⁷¹) ErlRV 612 BlgNR 24. GP 10; *Maschke/Schneider* in *Konecny*, Insolvenzgesetze (72. Lfg; 2020) § 48 IO Rz 45 ff.

⁷²) Statt aller *Bollenberger/Spitzer* in *KLS*² § 41 IO Rz 4.

⁷³) *König*, ÖJZ 1982, 228 (231); *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 41 KO Rz 7; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.6; *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 10.

⁷⁴) *Koziol*, Kreditsicherheiten und Anfechtung der Erfüllung, JBl 1983, 517 (522); *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.6.

⁷⁵) Völlig zutr *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 38; idS wohl auch OGH 17 Ob 2/22 a.

⁷⁶) *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.6.

⁷⁷) *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 407; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.6.

⁷⁸) Zutr *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 6; abw *Koziol*, Anweisung und Gläubigeranfechtung im Konkurs des Anweisenden, JBl 1985, 586 (590 ff); *Bollenberger/Spitzer* in *KLS*² § 41 IO Rz 4.

Hingegen:

- Das Teilentgelt bei einer gemischten Schenkung ist – wie dargelegt (oben I.E.), aber entgegen hM⁷⁹⁾ – nicht als Gegenleistung anzusehen.

C. Rechtsnatur der Ansprüche auf Rückersatz der Gegenleistung

1. Allgemeines

Nach der Identifikation der jeweiligen Gegenleistung ist im zweiten Schritt zu ermitteln, ob und inwieweit sich diese Gegenleistung noch – maßgeblich ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung (näher unten II.D.4.) – in der Insolvenzmasse wiederfindet: Für § 41 Abs 1 Fall 1 IO muss die Gegenleistung noch unterscheidbar vorhanden gewesen sein, für § 41 Abs 1 Fall 2 IO reicht eine Bereicherung der Masse und § 41 Abs 2 Fall 1 IO greift, wenn die Gegenleistung in der Masse weder als solche noch wertmäßig unterscheidbar vorhanden ist. Bevor die dementsprechend gebotene Abgrenzung der Gegenansprüche auf Tatbestands-ebene näher thematisiert wird, soll jedoch der mitunter umstrittenen Frage nach der Rechtsnatur der jeweiligen Ansprüche nachgegangen werden.

2. § 41 Abs 1 Fall 1 IO: Aussonderungsanspruch

§ 41 Abs 1 Fall 1 IO ist mE als Aussonderungsanspruch iSd § 44 IO zu qualifizieren.⁸⁰⁾ Der Wortlaut spricht davon, dass der Anfechtungsgegner „die Zurückstellung seiner Gegenleistung aus der Insolvenzmasse verlangen kann“. Schon eine grammatikalische Interpretation dieser Formulierung, insb der Wendung „aus der Insolvenzmasse“, legt die Einordnung als Aussonderungsanspruch mehr als nahe. Entscheidend erhärtet wird dieser Befund dadurch, dass die Materialien zum AnfG 1884 die Anwendung von § 26 CO 1868, der damaligen gesetzlichen Grundlage des Aussonderungsanspruchs, auf diesen Anspruch unzweifelhaft bejahen;⁸¹⁾ dies steht übrigens zudem im Einklang mit den Erwägungen des historischen Gesetzgebers zur „Vorbildbestimmung“ des § 31 dKO 1877.⁸²⁾

Nach wohl überwiegender Auffassung soll § 41 Abs 1 Fall 1 IO dennoch eine Masseforderung begründen.⁸³⁾ ME interpretiert diese Ansicht die zentrale Voraussetzung des § 44 IO, wonach die Sache dem Schuldner nicht gehören darf, zu sehr nach klassischen zivilrechtlichen Denkkategorien, anstatt die im Wortlaut und in der Entstehungsgeschichte zum Ausdruck gebrachte konkrete haftungsrechtliche Vermögenszuordnung zu respektieren.⁸⁴⁾

⁷⁹⁾ OGH 3 Ob 574/83 RdW 1984, 43; *Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 41 KO Rz 7 (richtig freilich aaO § 29 KO Rz 22); *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.6 (richtig freilich aaO Rz 9.20); *Rebernik in Konecny*, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 10.

⁸⁰⁾ *Rintelen*, Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechtes (1915) 263f; *Schummer*, Das Eigenkapitalersatzrecht: notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998) 393; *Trenker*, Abtretbarkeit des Insolvenzanfechtungsanspruchs, ZIK 2019, 162 (166); *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.9; offensichtlich auch iSd bereits *Steinbach*, Kommentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884 über die Anfechtung von Rechtshandlungen³ (1905) 141.

⁸¹⁾ *Kaserer*, Gesetze (FN 1) 96.

⁸²⁾ *Hahn*, Materialien KO 152f.

⁸³⁾ *Ehrenzweig*, Kommentar 425f; *Lehmann*, Kommentar KO, AO, AnfO I 342f; *Bartsch in Bartsch/Pollak*, KO, AO, AnfO I³ 253; *Koziol*, Grundlagen 75; *Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 41 KO Rz 4; *Bollenberger/Spitzer in KLS*² § 41 IO Rz 3.

⁸⁴⁾ Vgl auch *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.9 FN 3430.

Diese Herangehensweise ist umso mehr abzulehnen, als die Einordnung als Aussonderungsanspruch den Weg zur interessengerechten Anwendung der § 44 Abs 2, 3 IO ebnet: So ist zum einen bei einer Veräußerung der Gegenleistung durch den Insolvenzverwalter nach Insolvenzeröffnung – übrigens wiederum in Übereinstimmung mit den Materialien zu § 31 dKO 1877⁸⁵⁾ – ein Anspruch auf Herausgabe des Surrogats gem § 44 Abs 2 IO (Ersatzaussonderung) anzuerkennen (dazu auch noch unten II.D.4.).⁸⁶⁾ Zum anderen steht der Insolvenzmasse gem § 44 Abs 3 IO eine Vergütung des Aufwands zu, der in einer ihr zurechenbaren Weise auf die Gegenleistung des Anfechtungsgegners getätigt wurde. Schließlich ist kein Grund ersichtlich, warum der Anspruch auf Rückstellung der noch vorhandenen Gegenleistung bei Masseunzulänglichkeit dem Regime des § 47 Abs 2 iVm § 124a IO unterworfen werden soll. Das wäre aber Konsequenz der herrschenden Einordnung als Masseforderung, wengleich die gebotene Annahme eines Zurückbehaltungsrechts des Anfechtungsgegners das Problem zugegebenermaßen praktisch entschärfen würde.⁸⁷⁾

3. § 41 Abs 1 Fall 2 IO: Masseforderung

(Weitgehend⁸⁸⁾) Unstrittig ist demgegenüber die Einordnung des Anspruchs nach § 41 Abs 1 Fall 2 IO: Ist die Sache nicht mehr in natura vorhanden, die Insolvenzmasse aber um ihren Wert bereichert, so handelt es sich um eine Masseforderung wegen grundloser Bereicherung gem § 46 Z 6 IO.⁸⁹⁾ Die Subsumtion unter diesen Tatbestand darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Gegenanspruch nach § 41 Abs 1 Fall 2 IO mitunter eigenen Gesetzmäßigkeiten folgt (dazu noch II.D.2.).

4. § 41 Abs 2 Fall 1 IO: Insolvenzforderung

Aufgrund des unmissverständlichen Wortlauts unbestreitbar ist schließlich, dass § 41 Abs 2 Fall 1 IO eine gewöhnliche Insolvenzforderung begründet, wie auch immer man dies dogmatisch herleiten/rechtfertigen will (dazu schon oben I.C.).

D. Abgrenzung

1. Aussonderungsanspruch gem § 41 Abs 1 Fall 1 IO

Auch für die Abgrenzung des Anspruchs des § 41 Abs 1 Fall 1 IO ist dessen Qualifikation als Aussonderungsanspruch (oben II.C.2.) hilfreich: Es drängt sich nämlich förmlich auf, für die maßgebliche Frage, ob die Gegenleistung noch „*unterscheidbar vorhanden*“ ist, auf anerkannte Grundsätze der Aussonderungsfähigkeit zurückzugreifen. Es ist demnach eine bestimmte oder hinreichend bestimmbar Sache iSd § 285 ABGB notwendig,⁹⁰⁾ um den

⁸⁵⁾ Hahn, Materialien KO 153.

⁸⁶⁾ Abw Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 14, der aufgrund nicht näher definierter „allgemeiner Grundsätze“ eine Masseforderung nach § 41 Abs 1 Fall 2 IO anerkennt. Zur Differenzierung zwischen rechtsgeschäftlichen und nicht rechtsgeschäftlichen Surrogaten im deutschen Recht Kebekus, Gegenleistung 195 f.

⁸⁷⁾ Insoweit zutr Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 12.

⁸⁸⁾ AA Schummer, Eigenkapitalersatzrecht 394 f.

⁸⁹⁾ König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 16.10; Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 12; Bollenberger/Spitzer in KLS² § 41 IO Rz 3, 5; ebenso schon Steinbach, Kommentar³ 141.

⁹⁰⁾ Ch. Rabl, Die Aussonderung von Buchgeld, ÖBA 2006, 575 (576); Spitzer in KLS² § 44 IO Rz 12 ff; ferner RIS-Justiz RS0064764.

Tatbestand von jenem der wertmäßigen Bereicherung des § 41 Abs 1 Fall 2 IO unterscheiden zu können.⁹¹⁾

Zunächst ergibt sich hieraus, dass Dienst- oder Arbeitsleistungen des Anfechtungsgegners nie einen Anspruch nach § 41 Abs 1 Fall 1 IO begründen können, weil es sich dabei um keine Sache iSd § 285 ABGB handelt (zur Einordnung unter § 41 Abs 1 Fall 2 IO unten II. D.2.c.).⁹²⁾

Hilfreich ist eine Orientierung an der Rsp zur Aussonderung vor allem, wenn die Gegenleistung des Anfechtungsgegners eine Geldleistung iWw war. Eine Aussonderung von Bargeld ist jedenfalls nach einer Vermengung nach § 371 ABGB unzulässig;⁹³⁾ maßgeblich ist somit auch für den Bestand eines Anspruchs nach § 41 Abs 1 Fall 1 IO die Abgrenzbarkeit und deutliche Unterscheidbarkeit.⁹⁴⁾ Realistisch ist ein Anspruch nach § 41 Abs 1 Fall 1 IO auf Rückersatz einer Geldleistung damit wohl nur bei abgesonderter Verwahrung (zB in einer Kasse⁹⁵⁾).

Die Rsp unterwirft auch Buchgeld denselben Grundsätzen.⁹⁶⁾ Da das Schicksal von Buchgeld iaR nachvollzogen werden kann, kommt es letztlich iS der vom BGH entwickelten „Bodensatztheorie“ darauf an, dass durchgehend(!) ein den Betrag deckender Mindestbetrag am Konto verblieben ist.⁹⁷⁾ Im Klartext bedeutet das: Bestand die Gegenleistung des Anfechtungsgegners in einer Geldüberweisung, so kann er den „überwiesenen Betrag“ gem § 41 Abs 1 Fall 1 IO maximal bis zur Höhe des geringsten Kontostands zwischen der Überweisung und der Insolvenzeröffnung zurückverlangen. An dieser Judikatur wird zwar mit guten Gründen anhaltende Kritik geübt.⁹⁸⁾ Im gegenständlichen Kontext hätte ein Abgehen von der Rsp allerdings geringere Konsequenzen (als sonst), weil im Ausmaß des „Kontobodensatzes“ jedenfalls eine anhaltende Bereicherung auszumachen wäre, welche eine Masseforderung nach § 41 Abs 1 Fall 2 IO begründen würde (dazu sogleich II.D.2.b.).⁹⁹⁾

Fallbeispiel 8: Der Schuldner „verschleudert“ sein Auto (Zeitwert: 100) für einen Kaufpreis von 60 an X. X, der Anfechtungsgegner, begleicht den Kaufpreisanspruch per Banküberweisung. Zum Zeitpunkt der Überweisung betrug der Kontostand 100, zwischenzeitlich sank er auf 25, bei Insolvenzeröffnung betrug er wieder 70. Nach der erfolgreichen Anfechtung des Kaufvertrags gem § 31 Fall 2 IO hat X – ausgehend von der Rsp – Anspruch auf Rückzahlung von 25 gem § 41 Abs 1 Fall 1 IO und eine Insolvenzforderung iHv 35 gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO (auch

⁹¹⁾ Vgl zur Ersatzaussonderung OGH 5 Ob 543/59; 1 Ob 714/79; *Harnoncourt*, Die Ersatzaussonderung (2019) 137.

⁹²⁾ *Kirchhof/Piekenbrock* in MüKoInsO⁴ § 144 Rz 32; *Kebekus*, Gegenleistung 200.

⁹³⁾ OGH 7 Ob 813, 814/76 SZ 50/42; 8 Ob 4/94; *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (14. Lfg; 2002) § 44 KO Rz 15; *Leupold* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Klang)³ (2011) § 371 Rz 30.

⁹⁴⁾ Vgl RIS-Justiz RS0010926.

⁹⁵⁾ Vgl OGH 1 Ob 521/82.

⁹⁶⁾ OGH 5 Ob 12/75; 1 Ob 521/82; 8 Ob 4/94; 8 Ob 131/07h; RIS-Justiz RS0010924; so bereits 1 Ob 1014/28 SZ 10/356.

⁹⁷⁾ BGH IX ZR 164/98 NJW 1999, 1709; dazu, wenngleich abl, *Ch. Rabl*, ÖBA 2006, 575 (583f); *Spitzer* in KLS² § 44 IO Rz 54. So konkret zum gegenständlichen Problem *Kayser/Freudenberg* in MüKoInsO⁴ § 144 Rz 30.

⁹⁸⁾ *Holzner*, JBl 1995, 520 (521 f) (Anm); *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 44 KO Rz 16; *Ch. Rabl*, ÖBA 2006, 575 (581 ff); *Leupold* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*³ § 371 Rz 29; *Spitzer*, Aussonderung 273 ff; *Spitzer* in KLS² § 44 IO Rz 55 mwN; idS wohl auch noch OGH 4 Ob 34/99 z.

⁹⁹⁾ In der Tat für diese Lösung zum deutschen Recht *Kebekus*, Gegenleistung 198 f; möglicherweise ebenso für Österreich *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 382.

nach der herrschenden Lehrmeinung, die eine Aussonderung von Buchgeld in dieser Form ablehnt, wäre eine Masseforderung iHv 25 gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO anzuerkennen). Beachte: Wäre der Kontostand nach der Überweisung jemals im Debet, stünde kein privilegierter Anspruch mehr nach § 41 Abs 1 IO zu.¹⁰⁰⁾

Nicht erforderlich ist für eine Aussonderung nach § 41 Abs 1 Fall 1 IO entgegen *Kebekus*¹⁰¹⁾, dass die Gegenleistung im Vermögen des Schuldners unbelastet bleiben muss. Würde die Gegenleistung vom Schuldner nach der anfechtbaren Handlung beispielsweise mit einem Pfandrecht belastet, so erlangt der Anfechtungsgegner die Sache eben einfach mit dieser pfandrechtlichen Belastung. Soweit hieraus für die Masse eine Bereicherung resultiert, besteht zusätzlich eine Masseforderung gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO.

2. Masseforderung gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO

a. Allgemeines

Handelt es sich bei der Gegenleistung des Anfechtungsgegners von vornherein um keine Sache iSd § 285 ABGB oder ist die Gegenleistung bei Insolvenzeröffnung nicht mehr in natura Bestandteil der Masse, so ist zu prüfen, ob die Insolvenzmasse durch die Gegenleistung bereichert ist und daher eine Masseforderung nach § 41 Abs 1 Fall 2 IO entsteht. Anders als bei der Forderung sonstiger vor Insolvenzeröffnung erbrachter Leistungen ist für die Gegenansprüche des Anfechtungsgegners deshalb die Frage nach der wertmäßigen Bereicherung weit wichtiger als die Zulässigkeit der Aussonderung. Denn sie entscheidet darüber, ob dem Anfechtungsgegner eine privilegierte Forderung oder eine bloße Insolvenzforderung nach § 41 Abs 2 Fall 1 IO zusteht.

Diese „Privilegierung“ des Anfechtungsgegners hängt damit zusammen, dass es für die Masseforderung gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO richtigerweise irrelevant ist, ob die Bereicherung vor oder nach Insolvenzeröffnung bewirkt wurde.¹⁰²⁾ Generell setzt eine Masseforderung wegen grundloser Bereicherung nach § 46 Z 6 IO zwar voraus, dass die Bereicherung erst nach Insolvenzeröffnung eingetreten ist.¹⁰³⁾ Dieses (noch dazu ungeschriebene) Erfordernis lässt sich jedoch nicht sinnvoll auf den spezielleren Fall des § 41 Abs 1 Fall 2 IO übertragen. Denn Gegenstand der Anfechtung sind definitionsgemäß Rechtshandlungen vor Insolvenzeröffnung, weshalb auch Gegenleistungen zur Abwicklung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts iaR vor Insolvenzeröffnung erbracht werden. Es erschiene deshalb geradezu abwegig, dem Gesetzgeber zu unterstellen, beim Rückersatzanspruch nach § 41 Abs 1 Fall 2 IO nur an den Ausnahmefall gedacht zu haben, dass ein Anfechtungsgegner seine Gegenleistung erst nach Insolvenzeröffnung erbringt (und diese dennoch bei der Anfechtung nicht mehr in natura vorhanden ist, andernfalls ja § 41 Abs 1 Fall 1 IO zur Anwendung käme).¹⁰⁴⁾

Es genügt folglich, wenn die Gegenleistung in hinreichend zurechenbarer Weise¹⁰⁵⁾ eine nachweisbare Bereicherung des schuldnerischen Vermögens bewirkt, die bei Insolvenzeröff-

¹⁰⁰⁾ Vgl OGH 8 Ob 29/95.

¹⁰¹⁾ Gegenleistung 194.

¹⁰²⁾ *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO, AO, AnFO I³ 254; *Koziol*, Gläubigeranfechtung 78; *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzesetze § 41 IO Rz 15; ausf *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.11 mwN.

¹⁰³⁾ OGH 3 Ob 278/32 SZ 14/56; 8 Ob 4/94; 8 Ob 155/03 g; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 452f; *Engelhart* in *Konecny*, Insolvenzesetze (48b. Lfg; 2012) § 46 IO Rz 309.

¹⁰⁴⁾ Zutr *Marotzke*, Gegenseitige Verträge³ Rz 7.129; ebenso *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.11.

¹⁰⁵⁾ Kausalität ist zwar erforderlich, aber nicht ausreichend. Es ist vielmehr in wertender Beurteilung zu entscheiden, ob ein Wert der erbrachten Gegenleistung zurechenbar ist.

nung noch vorhanden ist (zum maßgeblichen Zeitpunkt im Detail II.D.4.). Hat der Schuldner die Gegenleistung hingegen ohne fortwährenden Nutzen verbraucht, veräußert oder ist sie aus irgendeinem Grund untergegangen, bleibt nur eine Insolvenzforderung nach § 41 Abs 2 Fall 1 IO.¹⁰⁶) Selten näher erörtert wird allerdings die damit vordringliche Frage danach, in welcher Höhe eine nachweisbare Bereicherung anzunehmen ist. Obwohl es sich dabei naturgemäß um ein einzelfallbezogenes Problem handelt, lassen sich durchaus einige verallgemeinerungsfähige Fragestellungen und Fallgruppen identifizieren.

b. (Buch-)Geld und Sachen

Relativ eindeutig ist die Rechtslage, wenn die mögliche Bereicherung daraus resultiert, dass die Gegenleistung bei Insolvenzeröffnung nicht mehr in natura vorhanden ist, weil es sich zwar um eine unvertretbare Sache handelt, diese aber vor Insolvenzeröffnung „versilbert“ wurde. Diesfalls kann von einer nachweisbaren Bereicherung nur die Rede sein, wenn das lukrierte Bar- oder Buchgeld bei Insolvenzeröffnung noch unterscheidbar vorhanden ist, also nicht vermengt iSd § 371 ABGB worden ist; es kann hierfür wiederum auf die skizzierten Grundsätze über die Aussonderung einer unmittelbar in Geld bestehenden Gegenleistung verwiesen werden (oben II.D.1.).

Besteht die Gegenleistung von vornherein in der Überweisung von Buchgeld, ist für eine Massenforderung gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO kein Raum, wenn und weil man iS der „Bodensatztheorie“ im Ausmaß einer nachweisbar fortwährenden Kontostanderhöhung ohnehin von einem Aussonderungsanspruch gem § 41 Abs 1 Fall 1 IO ausgeht (oben II.D.1.).

Setzt umgekehrt der Schuldner vor Insolvenzeröffnung einen als Gegenleistung zugeflossenen Geldbetrag nachweisbar (!) zum Kauf einer unvertretbaren Sache ein, so kommt es auf deren objektiven Wert bei Insolvenzeröffnung an. Eine Wertverminderung zwischen dem Zeitpunkt der Leistung und der Insolvenzeröffnung geht zu Lasten des Anfechtungsgegners. Steht dem Anfechtungsgegner nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen (vgl oben II.B.3.) ein Ausgleich für den mit der Wertverringerung typischerweise einhergehenden Nutzungsvorteil zu (Stichwort: „Benützungsentgelt“),¹⁰⁷) so begründet dieser Anspruch nur eine Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO, wenn dieser Nutzen nicht ausnahmsweise nachweisbar bis zur Insolvenzeröffnung „fortwirkt“.

c. Arbeits- und Dienstleistungen

Problematisch ist die Beurteilung der Bereicherung für die praktisch wichtige Fallgruppe, dass die Gegenleistung des Anfechtungsgegners eine Arbeits- oder Dienstleistung war. Es wurde schon dargelegt, dass § 41 Abs 1 Fall 1 IO unanwendbar ist, weil es sich bei einer Leistung um keine aussonderungsfähige Sache handelt. Darüber hinaus könnte selbst ein Anspruch nach § 41 Abs 1 Fall 2 IO mit dem Argument verneint werden, dass der „Wert“ einer Arbeitsleistung nicht zugunsten der Gläubiger in Geld umgemünzt werden kann und

¹⁰⁶) Engelhart in Konecny, Insolvenzesetze § 46 IO Rz 314; Bollenberger/Spitzer in KLS² § 41 IO Rz 5; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 16.11.

¹⁰⁷) Allgemein zB Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1761 ff; Meissel in Rummel/Lukas, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch⁴, Teilband §§ 1035–1150 ABGB (2017) § 1041 Rz 16 ff; Apathy/Perner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar VI⁵ (2021) § 1041 Rz 34 ff; zum praktisch wichtigsten Anwendungsfall des Benützungsentgelts für die Nutzung von Kraftfahrzeugen Kepplinger, Benützungsentgelt für die rechtsgrundlose Verwendung von Kraftfahrzeugen, ZVR 2018, 352 ff.

daher keine Bereicherung der Masse vorliege. Einem solchen auf die insolvenzrechtliche Verwertbarkeit ausgerichteten Verständnis wird bereits das Wort geredet, wenn es um die Anrechenbarkeit einer Gegenleistung zugunsten eines Geschäftsführers geht, der entgegen § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG oder § 84 Abs 3 Z 6 AktG Zahlungen nach Insolvenzreife geleistet hat;¹⁰⁸⁾ der BGH¹⁰⁹⁾ hat dies zur deutschen Parallelnorm¹¹⁰⁾ des § 15b InsO (bzw seinen „Vorgängernormen“) sogar schon explizit entschieden, wenngleich gerade diese Konsequenz neben Zuspuch¹¹¹⁾ auch Kritik aus dem Schrifttum erfahren hat.¹¹²⁾ Nicht zuletzt wird daran kritisiert, dass dieser Ansatz zu einer systematischen Schlechterbehandlung des Anfechtungsgegners führt, wenn seine Gegenleistung eine Arbeitsleistung war.

Zum Rückersatzanspruch des Anfechtungsgegners vertritt *Henckel*¹¹³⁾ hingegen, dass bei der Erbringung von Arbeitsleistungen von einer dauerhaften Bereicherung auszugehen sei und deshalb in Höhe des wirklichen Werts der Leistung eine Masseforderung nach § 144 Abs 2 Fall 2 InsO bestehe. Das läuft im Ergebnis darauf hinaus, dass der Anfechtungsgegner stets ein angemessenes Honorar als Masseforderung geltend machen kann (s oben II.A. Fallbeispiel 6).

Wenngleich dies als Ausgangspunkt weit eher tauglich erscheint als die gegenteilige Extremposition zur Geschäftsführerhaftung, muss für eine Masseforderung zumindest vorausgesetzt werden, dass ein konkreter Nutzen für das Gläubigerkollektiv nachweisbar ist.¹¹⁴⁾ Im Zweifel ist dies zwar mE in Höhe einer angemessenen Vergütung zumindest in Form eines Anscheinsbeweises zu vermuten. Äußert sich die Arbeitsleistung, wie eine Reparatur, hingegen zB ausschließlich in der Wertsteigerung einer Sache, ist diese Sache (oder ihr unterscheidbarer Veräußerungserlös) aber bei Insolvenzeröffnung nicht mehr Gegenstand der Masse, scheidet ein Anspruch nach § 41 Abs 1 Fall 2 IO ebenso aus, wie wenn die reparierte Sache selbst die Gegenleistung gewesen wäre. Bei Beratungsleistungen ist insoweit grundsätzlich ein großzügiger Maßstab anzulegen, zumal Know-how schwer in Maßstäben der Befriedigungstauglichkeit ausgedrückt werden kann. Eine Beratung für eine ex ante aussichtslose Sanierung begründet aber beispielsweise keine Bereicherung.

¹⁰⁸⁾ U. Torggler/Trenker, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613 (616). Diese Auffassung bedarf aufgrund der nachfolgenden Argumente im Fließtext jedenfalls einer erneuten Überprüfung, die jedoch für die Zwecke dieser Untersuchung entbehrlich erscheint.

¹⁰⁹⁾ BGH II ZR 319/15 NZG 2017, 1034 Rz 18 f.

¹¹⁰⁾ Ausf zur Verschleppungshaftung im deutsch-österreichischen Vergleich *Trenker*, Umfang der (Innen-)Haftung bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsführers im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich, KTS 2023 (in Druck).

¹¹¹⁾ Statt vieler *H.-F. Müller in Fleischer/Goette*, Münchener Kommentar zum GmbHG⁴ (2022) § 64 Rz 175 f; ausf *Kebekus*, Gegenleistung 271 ff mwN.

¹¹²⁾ *Baumert*, Zahlungseingang aus Erlösen des Verkaufs von Sicherungseigentum auf ein debitorisches Bankkonto: offene Fragen bei § 64 Satz 1 GmbHG rund um Masseneutralität und Sanierungsprivileg, NZG 2016, 379 (380); *Altmeppen*, Organhaftung für verbotene Zahlungen, ZIP 2017, 1833 (1835); *Bitter/Baschnagel*, Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil I, ZInsO 2018, 557 (586 f); *Bitter*, Geschäftsleiterhaftung in der Insolvenz – Alles neu durch SanInsFoG und StaRUG? ZIP 2021, 321 (329 f).

¹¹³⁾ In *Jaeger-Henckel/Gerhardt*, InsO § 129 Rz 248.

¹¹⁴⁾ IdS *Kebekus*, Gegenleistung 201.

d. Tilgung von Verbindlichkeiten

In unterschiedlichen Konstellationen wird die Gegenleistung des Anfechtungsgegners direkt oder indirekt für eine Tilgung von schuldnerischen Verbindlichkeiten verwendet. Dies ist denkbar, wenn der Anfechtungsgegner vereinbarungsgemäß an einen Gläubiger des Schuldners leistet, der Schuldner selbst eine in (Buch-)Geld bestehende Gegenleistung nachweisbar zur Tilgung einer Schuld einsetzt oder die Gegenleistung des Anfechtungsgegners von vornherein im Verzicht auf eine Forderung besteht (dazu oben I.D. Fallbeispiel 2).

Der BGH hatte die Problemstellung in IX ZR 74/06 bereits zu beurteilen. Er ist zum Schluss gekommen, dass die Reduktion von Verbindlichkeiten keine Bereicherung der Masse begründe, weil die Masse das Aktivvermögen des Schuldners sei und die Befreiung von einer Verbindlichkeit das Aktivvermögen per definitionem unverändert lasse. Es bestehe daher nur eine Insolvenzforderung gem § 144 Abs 2 Satz 2 InsO, dem Pendant zu § 41 Abs 2 Fall 1 IO.

Jedenfalls im Ergebnis ist dem grundsätzlich auch für das österreichische Recht zuzustimmen. Denn die Masse wird dadurch so gestellt, wie sie ohne anfechtbare Rechtshandlung stünde; ohne die Abwicklung des angefochtenen Grundgeschäfts würde die getilgte Verbindlichkeit ja weiterhin fortbestehen und wäre als Insolvenzforderung zu bedienen. Dies setzt jedoch voraus, dass es sich bei der getilgten Verbindlichkeit um eine Forderung handelt, die als Insolvenzforderung zu qualifizieren wäre. Wird hingegen zB eine effektiv pfandrechlich gesicherte Forderung getilgt, führt dies sehr wohl zu einer Bereicherung der Insolvenzmasse, zumal sie dadurch von einem Absonderungsgläubiger befreit wird. Dem Anfechtungsgegner ist deshalb bei Tilgung einer pfandrechlich besicherten Schuld sehr wohl eine Masseforderung gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO zuzuerkennen.

Wird die „entlastete“ Pfandsache (Liegenschaft) bis zur Insolvenzeröffnung neuerlich belastet, so ist zu unterscheiden: War die Pfandsache selbst Gegenstand der angefochtenen Transaktion und wurde sie folglich vom Anfechtungsgegner belastet, so muss dieser – sofern diese Belastung nicht gem § 38 Abs 2 IO gegen den „neuen“ Rechtsnehmer angefochten werden kann – gem § 40 IO für die dadurch bewirkten Nachteile einstehen. Im Ergebnis würde sich seine Gegenforderung gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO sohin entsprechend kürzen. Verbleibt die Pfandsache (Liegenschaft) dagegen im Vermögen des Schuldners und nützt er das Erlöschen der Hypotheken aus, um neue Belastungen einzuräumen, mangelt es an einer fortwirkenden Bereicherung. Insoweit besteht folglich kein privilegierter Gegenanspruch des Anfechtungsgegners gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO (dazu sogleich bei Fallbeispiel 9).

Die Begründung des BGH ist daher zu modifizieren: Eine Bereicherung der Masse ist lediglich dann ausgeschlossen, wenn eine Forderung getilgt wird, die als Insolvenzforderung zu qualifizieren wäre.¹¹⁵⁾ Bei der Tilgung insolvenzrechtlich privilegierter Forderungen ist indes sehr wohl auf die konkrete Bereicherung der Masse abzustellen.

Fallbeispiel 9: Der Schuldner veräußert eine Wohnung (Wert: 120) nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit für einen Kaufpreis von 100 an X. Der Kaufpreisanspruch wird vereinbarungsgemäß in voller Höhe zur Abdeckung von Verbindlichkeiten verwendet, die hypothekarisch besichert waren, allerdings auf einer anderen Liegenschaft des Schuldners (Wert: 200). Bei einer Anfechtung des Kaufvertrags hat X grundsätzlich eine Masseforderung iHv von 100 zuzüglich

¹¹⁵⁾ Wirtschaftlich betrachtet ist in dieser Konstellation eigentlich von einer Bereicherung in Höhe der Insolvenzquote auszugehen. Allerdings ist es zur Vereinfachung der Abwicklung des Insolvenzverfahrens vorzugswürdig, anstatt einer Masseforderung gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO in Höhe der Insolvenzquote kurzer Hand eine Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO anzunehmen.

der ersparten Zinsen, soweit diese im Wert der Liegenschaft gedeckt gewesen wären (vgl oben II. B.3.). Denn in diesem Ausmaß ist die Masse konkret bereichert im Vergleich zur Situation ohne anfechtbare Handlung. Im Gegenzug muss der Anfechtungsgegner X gem § 39 IO die Wohnung einschließlich eines angemessenen Benützungsentgelts rückerstatten. Hat der Schuldner die von den Hypotheken befreite Liegenschaft allerdings vor Insolvenzeröffnung neuerlich mit Pfandrechten iHv 200 voll belastet, scheidet eine Bereicherung der Masse aus. X hat diesfalls nur eine Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO iHv 100 zuzüglich der ersparten Zinsen.

3. Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO

Der Anwendungsbereich von § 41 Abs 2 Fall 1 IO ergibt sich schließlich ohne weiteres daraus, dass dieser Anspruch subsidiär zu den beiden privilegierten Ansprüchen des § 41 Abs 1 IO zum Zug kommt. § 41 Abs 2 Fall 1 IO greift damit stets, wenn zwar eine Gegenleistung erbracht wurde und/oder der Schuldner sonst einen unmittelbaren Vorteil daraus zog, die Gegenleistung aber im maßgeblichen Zeitpunkt (dazu sogleich II.D.4.) nicht (mehr) vorhanden ist oder keine nachweisbare Bereicherung der Masse vorliegt.

4. Maßgeblicher Zeitpunkt

Ausschlaggebender Zeitpunkt für die Abgrenzung zwischen den drei Ansprüchen auf Rückersatz der Gegenleistung ist grundsätzlich die Insolvenzeröffnung, oder genau genommen eigentlich erst der Eintritt ihrer Wirkungen gem § 2 Abs 1 IO.¹¹⁶⁾ Dafür spricht schon eine grammatikalisch-systematische Interpretation, weil § 41 Abs 1 IO das Vorhandensein in der bzw die Bereicherung der Insolvenzmasse voraussetzt, die Masse aber erst mit Eintritt der Wirkungen der Insolvenzeröffnung entsteht (§ 2 Abs 2 iVm Abs 1 IO). Diese Grundregel ist jedoch in mehrfacher Hinsicht zu ergänzen:

Erstens ist damit nur gemeint, dass ein Zufluss vor Insolvenzeröffnung keinen privilegierten Anspruch nach § 41 Abs 1 IO zu begründen vermag, wenn die Gegenleistung bei Insolvenzeröffnung nicht mehr in natura oder zumindest wertmäßig im schuldnerischen Vermögen nachweisbar ist. Hingegen hat die Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO gerade diesen Fall vor Augen; für die Bemessung dieser Insolvenzforderung ist also das Ausmaß der Gegenleistung bzw der Bereicherung des Schuldners vor Insolvenzeröffnung, nämlich im Zeitpunkt des Leistungsaustausches, sehr wohl maßgeblich.

Zweitens: Wird die Gegenleistung von vornherein erst nach Insolvenzeröffnung an die Masse erbracht, ist dies ebenfalls ausreichend, um einen privilegierten Anspruch gem § 41 Abs 1 IO zu begründen. Dies wird zwar eher die Ausnahme darstellen. Gerade bei treuhänderischer Abwicklung eines anfechtbaren Kaufvertrags ist es jedoch sehr gut denkbar, dass die Leistungen erst nach Insolvenzeröffnung ausgetauscht werden.

Drittens ist noch zu klären, was zu gelten hat, wenn die Gegenleistung oder ihr Wert zwar bei Insolvenzeröffnung (oder ausnahmsweise erst nachher) vorhanden war, aber während der Dauer des Insolvenzverfahrens untergeht. Dabei ist zu differenzieren: Bei einer Veräußerung der zunächst noch unterscheidbar vorhandenen Gegenleistung durch den Insolvenzverwalter

¹¹⁶⁾ AA Bartsch in Bartsch/Pollak, KO, AO, AnFO I³ 254, der auf den Zeitpunkt der Entstehung des Gegenanspruchs abstellt, was erst bei Erfüllung des anfechtungsrechtlichen Leistungsanspruch gem § 39 IO der Fall sei. Wie in anderem Zusammenhang (unten V.B.2.) sollte der Entstehungszeitpunkt des Gegenanspruchs, der konkret nicht mehr als eine Frage der bevorzugten dogmatischen Konstruktion darstellt, keinen Ausschlag für die Lösung inhaltlicher Streitfragen geben, weil ansonsten die Gefahr einer Missachtung der relevanten Wertungsgrundlagen besteht.

besteht – wie erwähnt (II.C.2.) – ein Anspruch auf Ersatzaussonderung gem § 44 Abs 2 IO. Im Übrigen entscheidet einmal mehr das allgemeine bereicherungsrechtliche Regelungskonzept darüber, welche Auswirkungen der nachträgliche Untergang (oder deren „Umwandlung“) einer rückabzuwickelnden Leistung mit sich bringt. Es kommt damit auch¹¹⁷⁾ auf die Gut- oder Schlechtgläubigkeit der Masse an (vgl nur § 1437 ABGB), wofür primär der Wissensstand des Insolvenzverwalters maßgeblich ist, in dessen „zeitlicher Zurechnungssphäre“ sich der Untergang nach Insolvenzeröffnung ja ereignet hat.¹¹⁸⁾ Die Zurechenbarkeit zur Sphäre des Insolvenzverwalters und damit zu jener der Insolvenzmasse ist mE auch der Grund, warum es für die Abgrenzung der Ansprüche nach § 41 IO prinzipiell auf die Insolvenzeröffnung und nicht erst auf den Zeitpunkt der Durchsetzung des Anfechtungsanspruchs¹¹⁹⁾ ankommt.

Fallbeispiel 10: Der Schuldner kauft unmittelbar vor Insolvenzeröffnung einen Sportwagen (Wert: 100) zum „Liebhaberpreis“ von 150. Nach Insolvenzeröffnung verkauft der Insolvenzverwalter den Sportwagen für 75. Erst nachträglich ficht er den Kaufvertrag an. Der Anfechtungsgegner hat jedenfalls Anspruch auf Zahlung des vom Insolvenzverwalter erzielten Kaufpreises iHv 75 (je nachdem, ob dieser noch unterscheidbar vorhanden ist, gem § 41 Abs 1 Fall 1 iVm § 44 Abs 2 IO oder gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO). Hat der Insolvenzverwalter den Sportwagen allerdings objektiv zu billig verkauft, weil dieser noch einen Marktwert von 90 hatte, ist fraglich, ob dem Anfechtungsgegner zusätzlich eine Masseforderung iHv 15 zusteht. Dafür spricht, dass das „schlechte Geschäft“ des Insolvenzverwalters nichts daran ändert, dass die Masse bei Insolvenzeröffnung nicht nur im Ausmaß von 75, sondern im Ausmaß des objektiven Werts iHv 90 bereichert war. Allerdings geht die – wenngleich mE wenig konsequente – hM offenbar davon aus, dass der gutgläubige Bereicherungsschuldner bei Veräußerung der Sache nur den Verkaufserlös schuldet.¹²⁰⁾ War der Insolvenzverwalter im maßgeblichen Zeitpunkt gutgläubig, schuldet er folglich (zumindest nach dieser Auffassung) nur den Erlös von 75. Ein Anspruch auf die Differenz zwischen dem Verkaufserlös und der ursprünglichen Gegenleistung, dem Kaufpreis iHv 100, also der Anspruch auf 25, besteht gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO nur als Insolvenzforderung.

III. Wiederaufleben der Forderung (§ 41 Abs 2 Fall 2 IO)

A. Anwendungsbereich

Weit einfacher fällt die Erläuterung des zweiten Grundtatbestands: das Wiederaufleben der getilgten Forderung gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO. Dieses Wiederaufleben setzt voraus, dass nicht das Grundgeschäft selbst, sondern nur jene Rechtshandlung angefochten wird, die zur Schuld-

¹¹⁷⁾ Die rechtsfolgende Auswirkung der Gut- oder Schlechtgläubigkeit des Bereicherungsschuldners ist allerdings – anders als dies eine Lektüre von §§ 329f ABGB nahelegen würde – nach hM nicht überzubewerten (s nur *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1437 Rz 1 [Stand 1. 8. 2022, rdb.at]).

¹¹⁸⁾ So zu § 41 Abs 1 Fall 2 KO/IO *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht I⁴ § 41 KO Rz 12; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.12; allgemein zu Masseforderungen *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO, AO, Anfo I³ 283.

¹¹⁹⁾ Unter dieser Prämisse könnte wiederum auf den Zeitpunkt der Anhängigkeit der Anfechtungsklage, den Schluss der mündlichen Streitverhandlung des Anfechtungsprozesses, die urteilsmäßige Rechtsgestaltung oder die Erfüllung der Rückersatzpflicht des Anfechtungsgegners gem § 39 IO abgestellt werden. Schon diese große Zahl an Möglichkeiten zeigt, dass ein Abstellen auf jeden dieser Zeitpunkte nach Insolvenzeröffnung mehr oder weniger beliebig wäre.

¹²⁰⁾ *Mader* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ (2016) § 1437 Rz 11.

tilgung führt. Wird nämlich das Grundgeschäft für (relativ) unwirksam erklärt, ist für ein Wiederaufleben einer daraus resultierenden Forderung konsequenterweise kein Raum.¹²¹⁾

Eine Schuldtilgung wird auch im praktisch so wichtigen Fall angefochten, dass von der konföhrhenden Bank gem §§ 30, 31 Fall 1 IO die Rückzahlung der „Saldoverringerung“ im kritischen Zeitraum verlangt wird.¹²²⁾ Dem Anfechtungsgegner steht daher im Ausmaß der Rückzahlung eine Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO zu. Bei gebotener wirtschaftlicher Betrachtung gilt dies mE auch beim zessionsbesicherten Kontokorrentkredit: Im Ausmaß der Verbesserung der Unterdeckung im kritischen Zeitraum bis zur Insolvenzeröffnung¹²³⁾ ist eine Insolvenzforderung des Anfechtungsgegners anzuerkennen, unabhängig davon, welchen Anteil am Anfechtungsvolumen die Veränderung des Debetstands und welchen die Veränderung des Zessionsstands im kritischen Zeitraum einnimmt.

B. Norminhalt

Rechtsfolgenseitig ist bemerkenswert, dass § 41 IO – etwa im Unterschied zu § 144 Abs 1 InsO – gar nicht explizit anordnet, dass es nach der Anfechtung einer Schuldtilgung zum Wiederaufleben dieser Schuld kommt; vielmehr setzt die Bestimmung dieses Wiederaufleben voraus.¹²⁴⁾ Der eigentliche Norminhalt von § 41 Abs 2 Fall 2 IO reduziert sich somit darauf, dass dieser wiederauflebenden Forderung der Charakter einer Insolvenzforderung zugesprochen wird. An dieser Rechtsfolge hätten Zweifel aufkommen können, wenn man von einer Entstehung der wiederauflebenden Forderung erst nach Insolvenzeröffnung ausginge;¹²⁵⁾ so wird § 41 Abs 2 Fall 2 IO indes dahingehend interpretiert, dass der Anfechtung der Schuldtilgung Rückwirkung zukomme.¹²⁶⁾

Die Anordnung der Qualifikation als Insolvenzforderung in § 41 Abs 2 Fall 2 IO ist freilich zu weit geraten: Richtigerweise lebt die Forderung nämlich einfach mit jener Rechtsnatur auf, die sie im Insolvenzverfahren gehabt hätte, wäre sie nicht getilgt worden.¹²⁷⁾ Dementsprechend führt die Anfechtung der Tilgung einer eigenkapitalersetzenden Darlehensforderung nur zu einer nachrangigen Forderung des Anfechtungsgegners gem § 57a IO,¹²⁸⁾ die Anfechtung der Tilgung einer Geldstrafe oder Schenkung (dazu bereits oben I.E.) nur zu einem ausgeschlossenen Anspruch gem § 58 Z 2, 3 IO.¹²⁹⁾

Aus der Erkenntnis, dass die Forderung nur in der Gestalt wiederauflebt, in der sie vor der anfechtbaren Tilgung bestanden hat, folgt zudem, dass eine Forderung, die bereits im Zeitpunkt der anfechtbaren Schuldtilgung verjährt war, auch verjährt bleibt. Umgekehrt kann die Forderung nicht durch den Zeitverlauf zwischen der angefochtenen Tilgung und dem Wie-

¹²¹⁾ *Lehmann*, Kommentar KO, AO, AnFO I 345.

¹²²⁾ Zum Anfechtungsvolumen OGH 4 Ob 306/98y; 4 Ob 100/04s; 3 Ob 204/17x; RIS-Justiz RS0111461; *Bollenberger* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IV² Rz 1/476; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.40.

¹²³⁾ Zum Anfechtungsvolumen *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.42; im Ergebnis auch *Rebernic/Shamiyeh*, Anfechtungsumfang beim zessionsbesicherten Kontokorrentkredit, ÖBA 2018, 479 (482ff).

¹²⁴⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.21.

¹²⁵⁾ Vgl zum Zeitpunkt des Entstehens der Gegenansprüche, wenn auch jenen nach § 41 Abs 1 IO, unten V.B.2.

¹²⁶⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 2.19.

¹²⁷⁾ *Ehrenzweig*, Kommentar 431; *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO, AO, AnFO I³ 257; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.21; idS wohl auch *Lehmann*, Kommentar KO, AO, AnFO I 345.

¹²⁸⁾ Vgl konkret dazu *Trenker*, Anwendbares Recht bei grenzüberschreitender Insolvenzanfechtung, insbesondere aus deutsch-österreichischer Perspektive, in *Laimer/Kronthaler/Koch*, Europäische Dimension des Privatrechts Festschrift für Andreas Schwartze (2021) 443 (479).

¹²⁹⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.21; *Rebernic* in *Konecny*, Insolvenzesetze § 41 IO Rz 26.

deraufleben verjähren. Das folgt schon daraus, dass das Forderungsrecht in dieser Zeit nicht iSd § 1478 ABGB ausgeübt werden hätte können. Gewissermaßen bewirkt die zwischenzeitliche Tilgung im Ergebnis eine Fortlaufshemmung der Verjährung (vgl auch den Rechtsgedanken von Art XLVI EGZPO).

C. Wiederaufleben „materiell fremder“ Forderungen

Ob eine Insolvenzforderung entsteht, wenn die Tilgung einer (materiell) fremden Schuld des Schuldners angefochten wird, hängt vom jeweiligen Hintergrund ab: Wurde der Schuldner von seinem Vertragspartner dazu angewiesen, kommt es darauf an, ob er die Anweisung gegenüber dem Anfechtungsgegner angenommen hat; nur im Falle der Annahme entsteht gem § 1400 Satz 2 ABGB ein unmittelbarer Anspruch gegen den Schuldner,¹³⁰⁾ der nach erfolgreicher Anfechtung als Insolvenzforderung aufleben würde. Dasselbe gilt, wenn die Zahlung des Schuldners als Bürge oder Garant erfolgt.

Unabhängig davon ist zu klären, ob nach der Anfechtung auch die Forderung des befriedigten Gläubigers gegenüber seinem Hauptschuldner wiederauflebt. Dagegen ließe sich zwar *prima vista* die bloß relative Wirkung der Anfechtung¹³¹⁾ ins Treffen führen. Die hM nimmt dennoch ein Wiederaufleben der aus Sicht des Schuldners „materiell fremden“ Verbindlichkeit an.¹³²⁾ Dem ist zuzustimmen, weil wertungsmäßig kein hinreichender Grund ersichtlich ist, dass der befriedigte Gläubiger dauerhaft seiner Forderung gegenüber dem Anweisenden verlustig geht, wenn und weil die Leistung an ihn nur in anfechtbarer Weise und folglich zumindest nicht endgültig schuldbefreiend¹³³⁾ erbracht wurde. Dogmatisch ist dies dadurch zu erklären, dass ein Fall der prinzipiell anerkannten Reflexwirkungen der Anfechtung vorliegt.¹³⁴⁾

Fallbeispiel 11: A weist den Schuldner S an, 100 an den Anfechtungsgegner X zu zahlen, um eine entsprechende Verbindlichkeit des A gegenüber X zu tilgen. Der Insolvenzverwalter ficht diese Zahlung gegenüber X an.¹³⁵⁾ Wenn X die 100 gem § 39 IO ersetzt, lebt seine Forderung gegenüber A wieder auf. Hat S die Anweisung vor Insolvenzeröffnung gegenüber X angenommen, lebt auch der daraus resultierende Anspruch des X gegenüber S als Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO wieder auf. Auch die Entstehung dieser Insolvenzforderung ließe sich bekämpfen, wenn der Insolvenzverwalter des S von vornherein¹³⁶⁾ die Annahme der Anweisung anfechten würde.¹³⁷⁾

¹³⁰⁾ RIS-Justiz RS0033178; OGH 3 Ob 653/52; 9 Ob 102/06z; Lukas in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1402 Rz 2 (Stand 15. 9. 2015, rdb.at).

¹³¹⁾ RIS-Justiz RS0064454; 8 Ob 671/90; 3 Ob 83/12w; 3 Ob 40/17d; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ § 27 KO Rz 52 ff; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 2.11 f; Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 21; Bollenberger/Spitzer in KLS² § 27 IO Rz 27.

¹³²⁾ Ebenso Ehrenzweig, Kommentar 431; Lehmann, Kommentar KO, AO, AnfO I 345; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 41 KO Rz 23; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 16.31.

¹³³⁾ Zur Annahme eines Rechtsmangels Koziol, JBl 1983, 517 (519); Koziol, Gläubigeranfechtung 67; grundlegend Gerhardt, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung (1969) 311.

¹³⁴⁾ Zu diesen Reflexwirkungen allgemein König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 2.13; vgl ferner OGH 7 Ob 49/08v.

¹³⁵⁾ Ohne Annahme der Anweisung ist – mangels Gläubigerstellung von X – allerdings nur eine Anfechtung nach §§ 28, 29 IO denkbar.

¹³⁶⁾ Eine nachträgliche Anfechtung scheidet mE aus, vgl oben I.D. Fallbeispiel 3.

¹³⁷⁾ Vgl König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 10.67: „Die erfolgreiche Anfechtung erfasst auch die in Ausführung der Anweisung vorgenommene Zahlung“.

D. Schicksal erloschener/aufgegebener Sicherheiten

1. Grundsatz

Mit dem Wiederaufleben der getilgten Schuld gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO wird seit jeher auch ein Wiederaufleben der für diese Schuld bestellten Sicherheiten konnotiert. Schon *Steinbach*¹³⁸⁾ meinte zur AnfG 1884, dass durch das Wiederaufleben der Forderung in ihrem früheren Bestande auch das Rechtsverhältnis des Anfechtungsgegners zu Mitschuldern und Bürgen wiederauflebe. Es entspricht dementsprechend heute ganz hM, dass Sicherheiten wiederaufleben, die durch die anfechtbare Handlung (vermeintlich) erloschen sind.¹³⁹⁾

2. Rechtfertigung

Im Verhältnis zum Schuldner, wenn die Sicherheiten also aus seinem Vermögen stammen, ist dies schon deshalb erforderlich, um dem Bereicherungsverbot als wesentlicher Wertungsgrundlage von § 41 IO gerecht zu werden (oben I.B. sowie I.C.). Aber auch im Verhältnis zu einem dritten Interzedenten wäre deren dauerhafte „Enthftung“ nicht zu rechtfertigen, weil sich mit der Anfechtbarkeit der Leistung für den Anfechtungsgegner gerade ein Teil jenes Insolvenzrisikos manifestiert hat, zu dessen Absicherung die Drittsicherheit ja bestellt wurde.¹⁴⁰⁾ Der Drittsicherheitenbesteller ist insoweit nicht schutzwürdiger als der Anfechtungsgegner.¹⁴¹⁾ Nur wenn der Interzedent in seinem Vertrauen auf die endgültige Haftungsbefreiung für ihn nachteilige Dispositionen getätigt hat, kommt seine Entlastung in analoger Anwendung von § 1364 Satz 2 ABGB in Betracht.¹⁴²⁾

Fallbeispiel 12: Der Schuldner S tilgt die Forderung des Anfechtungsgegners A iHv 100, wobei A die Zahlungsunfähigkeit von S sogar positiv kannte. B, der sich für diese Verbindlichkeit verbürgt hatte, weiß über die Zahlungsunfähigkeit des S nicht Bescheid und geht von einer wirksamen Schuldtilgung aus. Im Vertrauen auf seine „Enthftung“ kann er nun endlich einen Kredit iHv 200 zum Kauf einer Wohnung aufnehmen. Wird B nach Anfechtung der Schuldtilgung des S gegenüber A und dem damit verbundenen Wiederaufleben seiner Bürgschaftsverpflichtung von A in Anspruch genommen, kann er dem § 1364 Satz 2 ABGB analog entgegenhalten. Noch nicht hinreichend geklärt erscheint allerdings die Frage, was dies konkret bedeutet: ME kann B aus § 1364 Satz 2 ABGB analog zumindest ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber A ableiten, wenn er ansonsten nicht in der Lage wäre, seinen Wohnungskredit zurückzuzahlen. Zudem verhindert § 1364 Satz 2 ABGB das Auflaufen von Verzugszinsen gegenüber A. Eine gänzliche Haftungsbefreiung des B wäre hingegen überschießend, weil sie A „mehr ersetzen würde“ als den (mit-)verursachten „Vertrauensschaden“.

Damit bleibt die Frage nach der dogmatischen Grundlage des Wiederauflebens von Sicherheiten. Während zum einen mit dem Zweck des § 41 Abs 2 Fall 2 IO argumentiert wird,¹⁴³⁾

¹³⁸⁾ Kommentar³ 140.

¹³⁹⁾ *Lehmann*, Kommentar KO, AO, AnfO I 346; *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO, AO, AnfO I³ 257; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzrecht 408; *Rebernik*, Konkursanfechtung des Kontokorrentkredits (1998) Rz 220; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.31/1 ff; aA noch *Menzel*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Rechte (1886) 280 f; *Krasnopolski*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht (1889) 102 f.

¹⁴⁰⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.37; *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 41 IO Rz 29.

¹⁴¹⁾ AA nur *König*, Aktuelle Fragen des Anfechtungsrechts, in *Konecny*, Insolvenzz-Forum 2013 (2014) 68 f.

¹⁴²⁾ *Th. Rabl*, Die Bürgschaft (2000) 127; zust *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.38/1.

¹⁴³⁾ IdS wohl *Lehmann*, Kommentar KO, AO, AnfO I 346

geht *Koziol*¹⁴⁴⁾ unter Gefolgschaft des OGH¹⁴⁵⁾ davon aus, dass die Sicherheiten nie erloschen seien, weil die Tilgung ja mit dem Rechtsmangel der Anfechtung behaftet gewesen sei. Wenngleich beide Gedanken unbestrittenermaßen wichtig und richtig sind, verfangen sowohl die Lösung eines eo-ipso-Wiederauflebens iSd § 41 Abs 2 Fall 2 IO als auch die Annahme des mangelnden Untergangs der Sicherheit nur, wenn für die Begründung der jeweiligen Sicherheit kein Publizitätsakt erforderlich ist. Es ist daher zwischen primär schuldrechtlichen Sicherheiten Dritter (sogleich III.D.3.) und dinglichen Sicherheiten, deren (Wieder-)Begründung eines bestimmten drittwirksamen Modus bedarf (III.D.4.), zu differenzieren.

3. Schuldrechtliche Sicherheiten Dritter

Weitgehend unproblematisch ist dementsprechend zB das Wiederaufleben einer Bürgschaft¹⁴⁶⁾ oder einer („harten“) Patronatserklärung¹⁴⁷⁾, nachdem die anfechtbar getilgte, besicherte Forderung gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO wiederauflebt. Daran vermag es mE wertungsmäßig auch nichts zu ändern, wenn der Anfechtungsgegner formell gegenüber dem Dritten auf die Sicherheit verzichtet, sofern er dies *wegen* der anfechtbaren Leistung getan hat;¹⁴⁸⁾ letzteres ist bei einem Verzicht, der im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zur anfechtbaren Schuldtilgung erklärt wird, wohl sogar kraft ersten Anscheins anzunehmen.¹⁴⁹⁾

All das gilt zwar auch bei einer Garantie. Jedoch sind Garantien typischerweise befristet und vermag die – vermeintliche – zwischenzeitliche Schuldtilgung grundsätzlich nichts an der Maßgeblichkeit einer solchen Befristung für den Fortbestand der Garantie zu ändern.¹⁵⁰⁾ Wenn der Anfechtungsgegner die Garantie daher verfallen lässt, weil er davon ausgeht, die besicherte Forderung sei ohnehin bereits getilgt, ist dies grundsätzlich sein Risiko. Abhilfe könnte hier nur die – dogmatisch wie praktisch allerdings nicht unproblematische – Möglichkeit eines bedingten Abrufs schaffen, um die Garantie bei Zweifeln an der Unanfechtbarkeit der Schuldtilgung zu perpetuieren.¹⁵¹⁾

4. Schicksal erloschener „dinglicher“ Sicherheiten

a. Problemstellung

Bei der Löschung einer Hypothek in Folge der anfechtbaren Schuldtilgung lässt sich die Wiederherstellung des Zustands ohne anfechtbare Handlung, das Ziel von § 41 IO, nicht ohne einen Anspruch des Anfechtungsgegners auf Wiederbestellung/-einverleibung der Sicherheit bewerkstelligen. Ein publizitätsloses Wiederaufleben der Hypothek mit Wirkung ex tunc würde nämlich gegen pfandrechtliche Grundprinzipien verstoßen und könnte auch in berechnete Interessen all jener eingreifen, die zwischenzeitlich dingliche Rechte am Sicherungsgegenstand erworben haben. Dieses Problem stellt sich somit bei sämtlichen dinglichen

¹⁴⁴⁾ JBl 1983, 517 ff; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 41 KO Rz 27; *Bollenberger/Spitzer* in *KLS*² § 41 IO Rz 15 f.

¹⁴⁵⁾ OGH 6 Ob 105/99 f; ebenso 17 Ob 2/22 a.

¹⁴⁶⁾ OGH 5 Ob 544/84; 1 Ob 378/97 p; 1 Ob 83/00 p.

¹⁴⁷⁾ Dazu BGH IX ZR 95/16 NJW-RR 2017, 298.

¹⁴⁸⁾ Zutr OGH 17 Ob 2/22 a, Rz 28 f; aA wohl *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 29.

¹⁴⁹⁾ Vgl iSd OGH 17 Ob 2/22 a, Rz 29.

¹⁵⁰⁾ Näher *Schumacher*, JBl 1989, 53 (56) (Anm); *Rebernik*, Kontokorrentkredit Rz 220; *Hämmerle*, Leben Bankgarantien nach Anfechtung der Abdeckung der gesicherten Forderung wieder auf? RdW 2012, 709 ff; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.37; differenzierend *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 30.

¹⁵¹⁾ Näher dazu *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.37.

Sicherungsrechten, für die ein publizitätstauglicher Modus einzuhalten ist. Weiter zu differenzieren ist naheliegenderweise zwischen Sicherheiten aus dem Vermögen des Schuldners und Sicherheiten Dritter.

b. Dingliche Sicherheit aus dem Vermögen des Schuldners

Stammt die Sicherheit aus dem Vermögen des Schuldners und war die Sicherheitenbestellung ihrerseits unanfechtbar, so ist allem voran klarzustellen, dass eine Anfechtung in dieser Konstellation prinzipiell häufig bereits an der fehlenden Gläubigerbenachteiligung bzw Befriedigungstauglichkeit der Anfechtung scheitert: Die Zahlung an einen anfechtungsfest und werthaltig besicherten Absonderungsgläubiger aus dem sonstigen Vermögen des Schuldners ist – zumindest regelmäßig¹⁵²⁾ – unanfechtbar!¹⁵³⁾ Auch wenn die getilgte Forderung durch die Sicherheit nicht voll werthaltig besichert war, ist eine (teilbare) Geldzahlung mE nur insoweit anfechtbar, als keine Wertdeckung bestand; dies widerspricht auch nicht dem postulierten „Verbot der Teilanfechtung“, welches nur für die Anfechtung des Grundgeschäfts gilt (oben II.A.).

Dennoch dürfte es dem besseren Verständnis dienen (vgl noch unten IV.C.2.), diese Konstellation „durchzuspielen“. Auch praktisch ist eine Anfechtung denkbar, wenn der Anfechtungsgegner den Bestand des Absonderungsrechts im Anfechtungsprozess nicht einwendet (Stichwort: Versäumungsurteil!). Zudem ist eine vollumfängliche Anfechtung geboten, wenn die anfechtbare Tilgung der besicherten Schuld ausnahmsweise keine teilbare (Geld-)Leistung war und die Sicherheit nicht voll werthaltig war. Schließlich kann das Tatbestandsmerkmal der Gläubigerbenachteiligung iS einer mittelbaren Nachteiligkeit erfüllt sein, wenn der Schuldner den Pfandgegenstand nachträglich anderweitig belastet. Kommt es dementsprechend ausnahmsweise zur vollumfänglichen Anfechtung der Tilgung der besicherten Schuld, gilt Folgendes:

Gegen den Schuldner kann und muss ein Anspruch auf Wiederbestellung der erloschenen Sicherheit aus § 41 Abs 1 Fall 1, 2, Abs 2 Fall 1 IO abgeleitet werden, indem man die Aufgabe des Pfandrechts zu Recht als „Gegenleistung“ qualifiziert.¹⁵⁴⁾ Damit ist entsprechend der Systematik der Ansprüche auf Rückersatz der Gegenleistung danach zu differenzieren, ob die Gegenleistung in der Masse noch unterscheidbar oder wertmäßig vorhanden ist (oben I.C.). Unterscheidbar vorhanden ist eine Gegenleistung, die in der Aufgabe eines Pfandrechts bestand, mE nur, wenn bzw soweit die Sache nicht nachträglich neuerlich belastet wurde. Im Ergebnis hat ein Hypothekargläubiger, dessen Schuld in anfechtbarer Weise getilgt wurde, damit zwar stets einen Aussonderungsanspruch gem § 41 Abs 1 Fall 1 IO, wenn die betreffende Liegenschaft noch in der Masse vorhanden ist. Der Anspruch ist aber „nur“ auf Wiedereinverleibung der Hypothek im ersten verfügbaren Rang gerichtet. Zwischenzeitlich einverleibte Belastungen gehen dem Anfechtungsgegner hingegen vor. Besichert wird mit der wiedereinzuverleibenden Hypothek übrigens die ursprünglich besicherte, wiederauflebende Forderung gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO.

¹⁵²⁾ Vgl jedoch *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.62, wobei die auf den Erstautor zurückgehende Ansicht, wonach zwischen der Befriedigung aus dem Absonderungsgut und dem sonstigen Vermögen des Schuldners zu unterscheiden sei, wohl als Mindermeinung zu qualifizieren ist.

¹⁵³⁾ OGH 1 Ob 753/76; 7 Ob 261/00h; 4 Ob 100/04s; *Rebernig in Konecny*, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 134.

¹⁵⁴⁾ *Koziol*, JBl 1983, 517 (522); *Rebernig*, Kontokorrentkredit Rz 220; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.28f.

Die Frage nach dem Schicksal der Gegenansprüche lässt sich freilich noch weiterspinnen: Wird der Pfandgegenstand nach der „Entlastung“ veräußert, kommt nur eine Masseforderung gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO in Betracht. Eine Bereicherung der Masse ist aber nur insoweit möglich, als wegen der erloschenen Hypothek auf das schuldnerische Vermögen eine (höhere) hyperocha entfallen ist. Zudem muss dieser „Wert aus der Veräußerung der Liegenschaft vor Insolvenzeröffnung“ mE bis zur Insolvenzeröffnung im schuldnerischen Vermögen überdauern, es also sozusagen nachvollziehbar „in die Masse schaffen“. Andernfalls besteht nur die wiederauflebende Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO. Die auch vom Verfasser bislang vertretene Gegenansicht¹⁵⁵⁾ will dem Anfechtungsgegner in dieser Konstellation dagegen eine unbedingte Masseforderung in Höhe der freigewordenen hyperocha zusprechen. Was von der hyperocha bis zur Insolvenzeröffnung übrig bleibt, wird nicht weiter hinterfragt. Indessen besteht schlicht kein Grund für eine Privilegierung des Anfechtungsgegners, wenn der Schuldner die „Gegenleistung der Lastenfreiheit“ der Liegenschaft „versilbert“, von diesem Erlös aber für die Masse nichts mehr übrigbleibt. Die Situation ist aus Sicht der Masse keine andere, als wenn der Schuldner die Lastenfreiheit dafür nützt, eine neue Hypothek im freigewordenen Rang einzuverleiben; dies würde eine Masseforderung des Anfechtungsgegners gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO wegen der fehlenden Bereicherung wohl unstrittig ausschließen.¹⁵⁶⁾ Schließlich ist zu bedenken: Soweit eine Masseforderung auf Zahlung des „rangentsprechenden Erlöses“ aus der Veräußerung des Absonderungsgut besteht, schließt diese Forderung ein Wiederaufleben der Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO (teilweise) aus.

Fallbeispiel 13: S tilgt nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit eine Forderung des A iHv 700. Die Forderung ist durch eine Hypothek auf der Liegenschaft des S (Wert: 500) (teilweise) besichert. Im Rang hinter der Forderung von A ist eine weitere Hypothek zugunsten einer Forderung von B iHv 200 einverleibt. Noch vor Insolvenzeröffnung veräußert S die Liegenschaft zu einem Kaufpreis von 500, wovon 200 an B fließen und S 300 als hyperocha erhält. Ficht der Insolvenzverwalter die Zahlung des S an A iHv 700 erfolgreich an, weil der Anfechtungsgegner den Bestand der Hypothek nicht einwendet, kommt es zum Wiederaufleben der getilgten Forderung des A iHv 700 gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO. Wenn die – aufgrund des Erlöschens der Hypothek des A – lukrierte hyperocha iHv 300 bei Insolvenzeröffnung noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist, steht A eine Masseforderung auf Zahlung von 300 gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO zu. Diesfalls wäre die wiederauflebende Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO entsprechend zu kürzen, nämlich auf 400.

c. Dingliche Sicherheit eines Dritten (Interzedenten)

Im Verhältnis zwischen dem Anfechtungsgegner und einem Drittsicherheitenbesteller bereitet die Konstruktion eines Anspruchs auf Wiederbestellung einer erloschenen dinglichen Sicherheit größere Probleme. § 41 IO ist nämlich nicht anwendbar. Auch eine Analogie scheidet aus, weil der erkennbar auf die Insolvenzmasse als „Schuldnerin“ ausgerichtete § 41 IO nicht sinnvoll auf eine dritte Person als Schuldnerin übertragen werden kann. Es bleibt damit als Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Wiederbestellung der Sicherheit wohl

¹⁵⁵⁾ AA Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 409; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 41 KO Rz 28; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 16.29.

¹⁵⁶⁾ Andernfalls hätte die Insolvenzmasse zwei privilegierte Forderungen zu bedienen, einmal die Masseforderung des Anfechtungsgegners gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO, einmal das neu begründete Absonderungsrecht. Sie stünde dadurch schlechter, als sie ohne anfechtbare Handlung stünde, womit die Gläubigerbenachteiligung nur unzureichend ausgeglichen würde.

primär eine ergänzende Auslegung des der Sicherheitenbestellung zugrundeliegenden Vertrags. Hat der Interzedent den Sicherungsgegenstand zwischenzeitlich veräußert, erscheint ferner eine Heranziehung der Regeln über das stellvertretende Commodum¹⁵⁷⁾ sachgerecht; der Anfechtungsgegner hat also Anspruch auf eine Sicherstellung am „Ersatzgegenstand“.

5. Spezialfall: Eigentumsvorbehalt

Eine Sonderstellung nimmt die Anfechtung der Tilgung einer Kaufpreisforderung ein, welche mittels Eigentumsvorbehalts besichert wurde. Es handelt sich beim Eigentumsvorbehalt zwar zweifellos um keine schuldrechtliche Sicherheit. Dennoch setzt seine Begründung (ebenso wie sein Erlöschen) keinen besonderen Modus voraus. Wird daher die Tilgung der durch Eigentumsvorbehalt besicherten Kaufpreisforderung erfolgreich angefochten, bestehen keine grundsätzlichen Bedenken gegen ein Wiederaufleben des Eigentumsvorbehalts mit der Folge, dass das Eigentum am Kaufgegenstand eo ipso an den Anfechtungsgegner zurückfällt.¹⁵⁸⁾

Nur wenn der Schuldner den Kaufgegenstand bereits weiterveräußert hat, führt auch in dieser Konstellation kein Weg daran vorbei, den Verlust des Sicherungsrechts am Eigentumsvorbehalt als „Gegenleistung“ zu qualifizieren. Damit steht dem Anfechtungsgegner eine Masseforderung gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO zu, wenn die Masse bei Insolvenzeröffnung noch um den Erlös aus der Weiterveräußerung der Vorbehaltssache bereichert ist.

Wie bei sonstigen dinglichen Sicherheiten aus dem Vermögen des Schuldners (oben III.D.4. b.) ist freilich zu betonen, dass eine anfechtungsfeste Sicherung der Kaufpreisforderung durch Eigentumsvorbehalt eine Anfechtung mangels Benachteiligung regelmäßig insoweit ausschließt, als die Forderung dadurch werthaltig besichert war.¹⁵⁹⁾

Fallbeispiel 14: S tilgt nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit die Kaufpreisforderung des A iHv 100. Kaufgegenstand ist eine Maschine; ein Eigentumsvorbehalt wurde wirksam vereinbart. Nach der Tilgung der Schuld und dem (vermeintlichen) Untergang des Eigentumsvorbehalts veräußert S die Maschine für einen Preis von 70. Im Falle der vollumfänglich erfolgreichen Anfechtung der Schuldtilgung gegenüber A (insb, wenn und weil dieser den Bestand eines Eigentumsvorbehalts nicht einwendet), lebt dessen Kaufpreisforderung gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO als Insolvenzforderung wieder auf. Zusätzlich hat er einen Masseforderung iSd § 41 Abs 1 Fall 2 IO auf Herausgabe der Gegenleistung aus der Veräußerung des Vorbehaltsguts, soweit dieser Erlös von 70 bei Insolvenzeröffnung noch (wertmäßig) unterscheidbar vorhanden ist. In diesem Ausmaß wird die wiederauflebende Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO gekürzt.

¹⁵⁷⁾ Vgl dazu nur Reischauer in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch II/2³ (2002) § 1447 Rz 4.

¹⁵⁸⁾ Vgl wohl idS Rebernig in Konecny, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 29.

¹⁵⁹⁾ Rebernig in Konecny, Insolvenzgesetze § 27 IO Rz 126; idS auch OGH 3 Ob 232/08 a.

IV. Sonderfälle

A. Anfechtung mittelbar nachteiliger Rechtsgeschäfte gem § 31 Fall 2 Alt 2 IO¹⁶⁰⁾

1. Allgemeines

Praktisch geht es bei der Anfechtung mittelbar nachteiliger Rechtsgeschäfte gem § 31 Fall 2 Alt 2 IO vereinfacht dargestellt um eine – meist besicherte – Kreditgewährung nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (ober Überschuldung) des Schuldners, die dazu beiträgt, dass der Schuldner die Insolvenzantragstellung hinauszögert, wodurch sich die Quote der Gläubiger weiter verschlechtert („Weiterwursteln“). Anfechtbar ist dies freilich nur unter der zusätzlichen Voraussetzung der Erkennbarkeit der mittelbaren Nachteiligkeit.¹⁶¹⁾

Zu den Gegenansprüchen des Anfechtungsgegners bei Anfechtung solch mittelbar nachteiliger Rechtsgeschäfte wird in Rsp und Lehre eher selten Stellung bezogen. Die wenigen Ausnahmen¹⁶²⁾ dürften wegen der Weiterentwicklung des Grundkonzepts zur Handhabung dieses Anfechtungstatbestands überholt sein;¹⁶³⁾ sie wurden nämlich zumeist vor dem Hintergrund debattiert, dass der Anfechtungsanspruch damals der Höhe nach noch nicht derart begrenzt wurde, wie er dies nach nunmehr hM ist.¹⁶⁴⁾ Namentlich haftet der Kreditgeber nach jüngerer Rsp „nur mehr“ in Höhe des niedrigsten der folgenden drei Beträge:

- 1) Gesamter Quotenschaden
- 2) Summe der Rückzahlungen bzw Ausmaß der gewährten Sicherheiten oder
- 3) Kreditrahmen oder allenfalls höhere tatsächliche Ausnützung (mE richtig: höchste Ausweitung des Kreditvolumens in kritischer Frist¹⁶⁵⁾).

2. Teleologische Reduktion von § 41 IO?

In die Systematik des § 41 IO (oben I.B.) lässt sich dieser Anfechtungstatbestand nicht ohne weiteres einfügen. Das ist nicht weiter überraschend, zumal dieser Tatbestand zwar durch das IRÄG 2010 ausdrücklich anerkannt,¹⁶⁶⁾ im Konzept des historischen Gesetzgebers – weder beim AnfG 1884 noch bei der KO, AnfO 1914 – aber wohl ehrlicherweise nicht vorgesehen war.¹⁶⁷⁾ Dementsprechend bildet auch die skizzierte dreifache Haftungsbegrenzung einen systematischen Fremdkörper, dessen Wertungsgrundlage – abgesehen von verständlichen

¹⁶⁰⁾ Mit § 31 Fall 2 Alt 2 IO sind genau genommen § 31 Abs 1 Z 1 letzter Fall sowie Z 3 IO gemeint.

¹⁶¹⁾ Dazu ausf *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.82.

¹⁶²⁾ Siehe insb *Koziol*, Gedanken zum „nachteiligen Rechtsgeschäft“ im Sinne des § 31 KO und zu den Ansprüchen des Anfechtungsgegners gemäß § 41 KO, ÖBA 1988, 1079 (1080ff); ferner OGH 1 Ob 686/88; *Karollus*, Neuorientierung der Judikatur zum „nachteiligen“ Sanierungskredit (§ 31 Abs. 1 Z. 2 Fall 2 KO)? ÖBA 1989, 34 (41).

¹⁶³⁾ Vgl *Koziol/Bollenberger* in *Bartschl/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 41 KO Rz 21 aE.

¹⁶⁴⁾ OGH 6 Ob 72/06s; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.105ff; *Fink/Trenker*, Insolvenzrecht¹¹ 85; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 451; *Bollenberger/Spitzer* in *KLS*² § 31 IO Rz 19; vgl auch schon OGH 6 Ob 110/00 w.

¹⁶⁵⁾ *Bollenberger*, Anfechtung von Finanzierungsgeschäften gem § 31 Abs 1 Z 2 Fall 2 KO, ÖBA 1999, 409 (422); zust *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.108; explizit dagegen jedoch OGH 6 Ob 72/06s.

¹⁶⁶⁾ ErlRV 612 BlgNR 24. GP 6.

¹⁶⁷⁾ Zur Genese dieses Anfechtungstatbestands ausf *König*, Die Anfechtung nach der Konkursordnung⁴ (2009) Rz 11.60ff; ferner *König*, Änderungen im Anfechtungsrecht, in *Konecny*, IRÄG 2010 (2010) 79 (81ff).

Billigkeitserwägungen vor einer als überschießend empfundenen Haftung – schwer eruierbar ist.

Dieser konzeptuelle oder teleologische Mangel hat konkret zur Folge, dass die Beantwortung der Frage erschwert wird, ob und inwieweit der durch § 41 IO bezweckte Ausgleich einer Bereicherung der Masse bereits durch die drei skizzierten Haftungsbegrenzungen sichergestellt wird. Denn unter der Annahme einer „ausreichenden“ Haftungsbegrenzung wäre in dieser Konstellation überhaupt kein Gegenanspruch anzuerkennen, § 41 IO also teleologisch zu reduzieren. Gegen die Zuerkennung von Gegenansprüchen ließe sich dementsprechend einwenden, dass die Begrenzung durch den Quotenschaden der Gläubiger ohnehin sicherstellt, dass die Insolvenzmasse nie besser steht, als sie ohne anfechtbare Handlung stünde.¹⁶⁸⁾

Bei nüchterner Betrachtung der praktischen Gegebenheiten ist die Berechtigung dieser Überlegung allerdings zweifelhaft: Abgesehen davon, dass der Quotenschaden wohl kaum jemals exakt beziffert werden kann,¹⁶⁹⁾ wird er häufig gar nicht berechnet werden, womit die Anspruchshöhe in praxi eher durch die Summe der Rückzahlungen (Besicherungen) oder den Kreditrahmen begrenzt werden wird. Bei diesen Begrenzungen ist aber nicht ersichtlich, warum kein Platz für Gegenansprüche des Anfechtungsgegners bleiben sollte. Zudem ist der Zurechnungszusammenhang zwischen dem verursachten „Verschleppungsquotenschaden“ und dem angefochtenen Kredit-/Finanzierungsgeschäft derart „dünn“,¹⁷⁰⁾ dass die Anerkennung eines zusätzlichen Gegenanspruchs nach § 41 IO keineswegs zwingend auszuschließen ist. ME spricht die Interessenlage sogar dafür, dem Anfechtungsgegner dafür, dass er bei diesem Tatbestand gewissermaßen „zweimal“ zahlen muss,¹⁷¹⁾ zumindest einmal eine Insolvenzforderung in Höhe der ausbezahlten Mittel zuzubilligen (dazu sogleich IV.A.3.). Jedenfalls bestehen ausreichende Zweifel daran, dass eine Anwendung von § 41 IO gemessen an seinem Normzweck wirklich zu sachlich nicht gerechtfertigten Ergebnissen führen könnte, sodass die erwogene teleologische Reduktion letztlich zu verwerfen ist.¹⁷²⁾

3. Ausmaß der Gegenansprüche

Geht man somit von einer grundsätzlichen Anwendung des § 41 IO auf die Anfechtung mittelbar nachteiliger (Finanzierungs-)Geschäfte aus, so ist wohl unstrittig, dass Anfechtungsobjekt bei § 31 Fall 2 Alt 2 IO nicht die Tilgung einer Schuld ist, sondern zumindest iWd das Grundgeschäft als solches angefochten wird. Damit ist der Gegenanspruch des Anfechtungsgegners auf Rückersatz seiner Gegenleistung gem § 41 Abs 1 Fall 1, 2, Abs 2 Fall 1 IO gerichtet (oben II.).

¹⁶⁸⁾ Vgl bereits die Überlegungen bei *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 41 KO Rz 21 aE.

¹⁶⁹⁾ Zur Berechnung nach der „Weissel’schen Formel“ *Weissel*, Die mittelbare Nachteiligkeit von Kreditgeschäften nach § 31 KO, ÖBA 1992, 630 (634ff); *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.75ff. Vgl zur Schadensberechnung im Kontext der Insolvenzverschleppungshaftung eingehend *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 353 (363f) iVm 434 (438ff); *Trenker*, KTS 2023 (in Druck).

¹⁷⁰⁾ Verlangt wird (mittlerweile) zumindest eine Mitverursachung, OGH 6 Ob 110/00w; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 11.72.

¹⁷¹⁾ *Bollenberger*, Die Gläubigeranfechtung in der Insolvenz des Kreditnehmers, in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht IV² (2007) Rz 1/491; vgl ferner *Koziol*, ÖBA 1988, 1079 (1080); *Paul Doralt*, Zur Gläubigeranfechtung wegen mittelbar nachteiliger Rechtsgeschäfte, ÖBA 1995, 113 (115).

¹⁷²⁾ Im Ergebnis offenbar ebenso *Bollenberger* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IV² Rz 1/491.

Wie auch immer man den Anfechtungsgegenstand bei der Anfechtung mittelbar nachteiliger Finanzierungen exakt definiert,¹⁷³⁾ besteht die Gegenleistung hierfür in der Kreditgewährung oder der sonstigen Zufuhr liquider Mittel im Rahmen der Finanzierung seitens des Anfechtungsgegners. Das harmoniert für den zessionsbesicherten Kontokorrentkredit, bei dem gerade auch Sicherheitenbestellungen im Rahmen des Rechtsgeschäfts angefochten werden sollen, damit, dass die Kreditauszahlung als Gegenleistung für die Sicherheitenbestellung angesehen wird (oben II.B.4.).¹⁷⁴⁾ Der Anfechtungsgegner hat dementsprechend Anspruch auf Rückersatz der ausbezahlten Mittel, wobei dieser Gegenanspruch mE ebenfalls (so wie die Haftung des Schuldners) mit dem maximalen Kreditrahmen beschränkt werden muss.

Soweit die geleisteten Mittel bei Insolvenzeröffnung nicht mehr unterscheidbar vorhanden sind, was geradezu typisch für diesen Anfechtungsgegenstand ist, besteht eine Insolvenzforderung auf Rückzahlung der zugewendeten Mittel gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO. Ein zusätzlicher vertraglicher Rückzahlungsanspruch aus dem Kredit-/Finanzierungsvertrag scheidet hingegen nach erfolgreicher Anfechtung konsequenterweise aus. Denn der Kreditvertrag – oder zumindest die Ausschöpfung der Kreditmittel¹⁷⁵⁾ – ist durch die erfolgreiche Anfechtung im Verhältnis zur Insolvenzmasse für relativ unwirksam erklärt worden.¹⁷⁶⁾

Fallbeispiel 15: Die Hausbank B gewährt ihrem langjährigen Kunden S – nach eingetretener und erkennbarer Zahlungsunfähigkeit, aber ohne sich irgendein konkretes Sanierungskonzept vorlegen zu lassen – noch einen Kontokorrentkredit mit einem Rahmen iHv 500. S kann das Unternehmen auch wegen dieser „Finanzspritze“ noch genau 1 Jahr länger fortführen, ehe das Insolvenzverfahren eröffnet wird. In diesem Zeitraum werden immer wieder Tilgungszahlungen für den Kredit an B erbracht, zumeist in Form von zur Sicherung zedierten Kundenforderungen (Ausmaß gesamt: 600). S schöpft den dadurch wieder „freiwerdenden“ Kreditrahmen aber zwischenzeitlich auch neuerlich aus. Der Insolvenzverwalter ficht die Kreditgewährung als mittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft gem § 31 Fall 2 Alt 2 IO an. Im Anfechtungsprozess bemisst ein Sachverständiger den Quotenschaden im Verschleppungszeitraum seit der anfechtbaren Kreditgewährung mit 700. Aufgrund der dreifachen Beschränkung des Anfechtungsvolumens haftet B „nur“ im geringeren Ausmaß des Kreditrahmens von 500 (auch die Rückzahlungen iHv 600 waren höher). Zahlt B diesen Betrag gem § 39 IO, steht ihr mE eine Insolvenzforderung iHv 500 gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO zu.

B. Anfechtung der Entgegennahme einer Leistung

Nicht ins Konzept des § 41 IO passt außerdem die Entgegennahme von Zahlungen seitens des Schuldners, welche zumindest nach § 28 IO von weiten Teilen der Lehre für anfechtbar erachtet wird.¹⁷⁷⁾ Anfechtungsgegenstand ist hier die Tilgung einer Forderung des Schuldners, wobei die Gläubigerbenachteiligung daraus resultiert, dass der Schuldner die zugewendeten Mittel (teilweise) verbraucht hat. Es geht damit um den umgekehrten Fall zum Wieder-

¹⁷³⁾ Dazu König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 11.103.

¹⁷⁴⁾ König, ÖJZ 1982, 228 (231); Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 41 KO Rz 7; König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 16.6; Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 10.

¹⁷⁵⁾ Vgl nochmals König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 11.103.

¹⁷⁶⁾ AA Bollenberger in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IV² Rz 1/491, der die relative Unwirksamkeit des Vertrags nicht thematisiert und wohl zum Ergebnis kommt, dass dem Anfechtungsgegner zwei Insolvenzforderungen zustünden.

¹⁷⁷⁾ Ehrenzweig, Kommentar 116; Bartsch in Bartsch/Pollak, KO, AO, AnfO I³ 176; Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 363; trotz gewisser Zweifel ebenso König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 7.22; aA Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 28 KO Rz 6.

aufleben einer in anfechtbarer Weise getilgten Verbindlichkeit des Schuldners gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO. Hier führt die Anfechtung gerade dazu, dass der Anspruch *zugunsten* der Masse wiederauflebt, indem die anfechtbare Entgegennahme der Leistung gerade nicht schuldbefreiend wirkt.

§ 41 Abs 2 Fall 2 IO ist in dieser Konstellation folglich nicht anwendbar.¹⁷⁸⁾ Mit *Koziol/Bollenberger*¹⁷⁹⁾ ist dem Anfechtungsgegner jedoch ein Anspruch auf Rückersatz der zur Tilgung erbrachten Leistung als „Gegenleistung“ zuzugestehen.¹⁸⁰⁾ Weil Anlass für eine Anfechtung in dieser Konstellation gerade der Umstand sein wird, dass der Schuldner die zugewendete Leistung „durchgebracht“ hat, dürfte iaR aber nur eine Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO bestehen.

C. Schicksal erloschener/aufgegebener dinglicher Rechte, insb eines Veräußerungs- und Belastungsverbots

1. Problemaufriss

In gleich zwei rezenten Entscheidungen des OGH¹⁸¹⁾ zur Einzelanfechtung ist die Frage in den Vordergrund gerückt, welche Auswirkung die Anfechtung einer Liegenschaftstransaktion hat, wenn in deren Zuge ein dingliches VuB-Verbot des Anfechtungsgegners oder eines Dritten erlischt. Das Problem stellt sich, wenn der Berechtigte auf das VuB-Verbot verzichtet, um die anfechtbare Transaktion zu ermöglichen. Das liegt besonders nahe, wenn der Verbotsberechtigte selbst der Erwerber ist. Im Sachverhalt zur E 17 Ob 7/22 m wurde im Zuge der angefochtenen Liegenschaftsübergabe neben der Löschung eines VuB-Verbots zugunsten des Vaters der Anfechtungsgegnerin zudem ein Fruchtgenussrecht zugunsten der Anfechtungsgegnerin gelöscht. Allgemeiner ausgedrückt erhebt sich somit die Frage nach dem Schicksal dinglicher Rechte, die *wegen* der anfechtbaren Handlung aufgegeben wurden oder sonst erlöschen.

In 17 Ob 2/22 a bejahte der OGH ein Wiederaufleben des VuB-Verbots, das vor der anfechtbaren Transaktion zugunsten des Anfechtungsgegners bestanden hatte. In 17 Ob 7/22 m versagte der OGH der Anfechtung den Erfolg, weil das Klagebegehren so formuliert war, dass die Anfechtungsgegnerin die (angeblich) anfechtbar übertragene Liegenschaft lastenfrei erhalte, also ohne das gelöschte VuB-Verbot zugunsten des Dritten und ohne das Fruchtgenussrecht zugunsten der Anfechtungsgegnerin. Beide Entscheidungen wurden im Wesentlichen mit der Wertung begründet, dass die Anfechtung zu keiner Besserstellung der Gläubiger im Vergleich zur Rechtslage ohne anfechtbare Handlung führen dürfe, also exakt mit jener Wertung, die § 41 IO zugrunde liegt.

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass dieses Ergebnis nicht nur der Wertung von § 41 IO entspricht, sondern unmittelbar durch dessen Anwendung begründet werden kann und muss. Auszublenen sind aufgrund der Themenfokussierung auf § 41 IO die zusätzlichen Probleme der jeweils verfahrensgegenständlichen Einzelanfechtung nach §§ 438 ff EO. Diese Probleme resultieren namentlich daraus, dass der dort einschlägige § 449 EO (naturgemäß)

¹⁷⁸⁾ *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht I⁴ § 41 KO Rz 25; vgl auch *Rebernic*, Kontokorrentkredit Rz 214.

¹⁷⁹⁾ In *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht I⁴ § 41 KO Rz 25.

¹⁸⁰⁾ Ebenso nunmehr *Rebernic* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 41 IO Rz 24; aA noch *Rebernic*, Kontokorrentkredit Rz 214: § 41 Abs 2 Fall 2 IO analog.

¹⁸¹⁾ OGH 17 Ob 2/22 a; 17 Ob 7/22 m.

von § 41 IO abweicht¹⁸²⁾ und das Klagebegehren der Einzelanfechtung in gängiger Praxis nicht auf Rückübertragung der Liegenschaft, sondern Duldung der Exekution gerichtet ist.^{183), 184)}

2. Lösungsvorschlag qua § 41 IO

Der OGH spricht in 17 Ob 2/22a zwar mehrmals von einem „*Wiederaufleben*“ des erloschenen VuB-Verbots. Ebenso wenig wie eine in Folge einer anfechtbaren Tilgung erloschene Hypothek (oben III.D.4.a.) kann aber ein dingliches VuB-Verbot wegen des sachenrechtlichen Publizitäts- bzw Intabulationsprinzips eo ipso wiederaufleben. Dogmatisch ist daher nur der Weg gangbar, dem Anfechtungsgegner einen Anspruch auf Wiedereinverleibung des erloschenen dinglichen Rechts zuzugestehen. Dieser Anspruch folgt ohne weiteres aus § 41 IO, wenn man die Aufgabe oder das Erlöschen des VuB-Verbots mit *Rebernig*¹⁸⁵⁾ zu Recht als Gegenleistung iSd § 41 IO qualifiziert. Der 17. Senat des OGH deutet dieses Verständnis mit seiner Bezugnahme auf das Berufungsgericht ohnehin bereits an.¹⁸⁶⁾ Jeweils im Einzelfall zu prüfen ist freilich, ob das Erlöschen des VuB-Verbots in kausaler oder konditionaler Verknüpfung mit der Leistung des Schuldners stand, also wegen der anfechtbaren Handlung aufgegeben wurde (oben II.B.1.).

Diese Lösung ist nicht auf das Erlöschen eines VuB-Verbots beschränkt, sondern gilt in gleicher Weise beim Erlöschen anderer dinglicher Rechte. Sie verfängt zudem nicht nur bei der Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts, sondern auch des Verfügungsgeschäfts. Letzterenfalls ist allerdings mit der hier vertretenen Ansicht (ausf oben I.D.) anzuerkennen, dass der Anspruch auf Rückersatz der Gegenleistung ausnahmsweise zusätzlich zur wiederauflebenden Forderung gem § 41 Abs 2 Fall 2 IO bestehen kann. Selbst wenn ein Dritter wegen der anfechtbaren Rechtshandlung auf sein dingliches Recht verzichtet, wie dies in 17 Ob 7/22m der Fall war, ergibt sich sein Anspruch auf Wiedereinverleibung – wie ebenfalls schon dargelegt (oben II.B.2.) – kraft analoger Anwendung von § 41 IO.

Interessengerechte Konsequenz dieser Lösung ist, dass die insolvenzrechtliche Qualifikation des Anspruchs auf Wiederbestellung/-einverleibung der Systematik des § 41 IO unterliegt. Ebenso wie bei einer aufgegebenen Hypothek (oben III.D.4.b.) ist der Wiederbestellungsanspruch somit nur dann durchsetzbar, wenn ihm Aussonderungscharakter zukommt, weil die Sache, an der das Recht bestand, in der Masse noch in natura vorhanden ist. Zudem hat der Anfechtungsgegner nur Anspruch auf Einverleibung in jenem Rang, der bei Geltendmachung noch verfügbar ist.

Auf diese Weise wahrt die Lösung über § 41 IO – anders als ein undifferenziertes eo-ipso-Wiederaufleben – zugleich die zwischenzeitlich erworbenen Rechte Dritter, sofern sie nicht nach § 38 Abs 2 IO erfolgreich angefochten werden (vgl schon oben III.D.4.b.). Dem Be-

¹⁸²⁾ Es kommt nicht von ungefähr, dass bereits *Koziol* (Gläubigeranfechtung 70ff) auf die wertungsmäßig problematische Schlechterstellung des Anfechtungsgegners bei der Einzelanfechtung hingewiesen hat.

¹⁸³⁾ Dies hat der OGH in 17 Ob 2/22a übrigens übersehen, indem er den Beklagten verpflichtete, in die Einverleibung des Eigentumsrechts des Klägers einzuwilligen. Freilich „korrigierte“ der OGH dieses Versehen – zumindest für künftige Fälle – in 17 Ob 7/22m umgehend.

¹⁸⁴⁾ Zum Ganzen *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 17.34; ferner *Nunner-Krautgasser*, Schuld 183.

¹⁸⁵⁾ *Rebernig* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 38.

¹⁸⁶⁾ 17 Ob 2/22a, Rz 24.

friedigungsrecht der allgemeinen Insolvenzgläubiger geht der Gegenanspruch aber vor.¹⁸⁷⁾ Soweit das erloschene, aber neuerlich einverleibte Recht wegen der zwischenzeitlichen Rangverschlechterung im Veräußerungserlös der Sache keine Deckung mehr findet, bleibt nur eine Insolvenzforderung in Höhe des Werts des aufgegebenen Rechts gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO. Ob ein VuB-Verbot insoweit allerdings überhaupt einen schätzbaren Wert hat, ist mE zweifelhaft. Darüber hinaus ist eine Haftung des Anfechtungsgegners gem § 40 IO denkbar, wenn sich die Befriedigungsaussichten der Masse wegen zwischenzeitlich neu begründeter dinglicher Rechte verschlechtert haben.

Fallbeispiel 16: S verkauft seine hypothekarisch unbelastete Liegenschaft (Wert 500) für einen Kaufpreis iHv 350 an seine Ehegattin A. Der Kaufpreis ist bei Insolvenzeröffnung nicht mehr (nachweisbar) vorhanden. A verzichtet im Zuge des Kaufvertrags jedoch zusätzlich auf ihr VuB-Verbot an der Liegenschaft. Im Falle einer erfolgreichen Anfechtung des Kaufvertrags hat A zunächst Anspruch auf Rückersatz des Kaufpreises iHv 350 als Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO. Zusätzlich hat sie einen Anspruch auf Wiedereinverleibung ihres VuB-Verbots nach § 41 Abs 1 Fall 1 IO. Ob die Anfechtung der Transaktion unter diesen Rahmenbedingungen, insb wegen des einzutragenden VuB-Verbots, überhaupt befriedigungs-tauglich ist, muss im Einzelfall geklärt werden.

V. Geltendmachung der Gegenansprüche gem § 41 IO

A. Überblick

Abschließend ist die Geltendmachung der Gegenansprüche zu thematisieren. Richtigerweise bietet es sich an, dabei zwischen den privilegierten Ansprüchen gem § 41 Abs 1 IO und den Insolvenzforderungen nach § 41 Abs 2 IO zu differenzieren. Es entspricht nämlich bekanntlich der generellen Systematik des Insolvenzverfahrens, dass zahlreiche Besonderheiten der Rechtsdurchsetzung nur für Insolvenzforderungen gelten.

B. Privilegierte Ansprüche gem § 41 Abs 1 IO

1. Allgemeines

Der Anspruch nach § 41 Abs 1 Fall 1 IO ist konsequenterweise wie sonstige Aussonderungsansprüche, der Anspruch nach § 41 Abs 1 Fall 2 IO wie jede andere Masseforderung durchzusetzen. Beide Ansprüche können damit prinzipiell bei Fälligkeit gegenüber der Insolvenzmasse, vertreten durch den Insolvenzverwalter, eingeklagt werden; erforderlichenfalls ist auch eine Exekutionsführung zulässig.¹⁸⁸⁾ Zur Durchsetzung der Masseforderung gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO besteht zudem als Alternative zur Klage der Abhilfeantrag ans Insolvenzgericht gem § 124 Abs 3 Alt 1 IO.

¹⁸⁷⁾ An dieser Stelle nur ein Wort zur Einzelanfechtung: Dem anfechtungsrechtlichen Befriedigungsrecht des klagenden Gläubigers muss der Anspruch auf Wiedereinverleibung aber vorgehen. Das bedeutet mE, dass der Anfechtungsgegner, der Anspruch auf Wiedereinverleibung eines VuB-Verbots hat, die Exekutionsführung durch den Einzelanfechtungskläger mit Exszindierungsklage untersagen kann. Würde ein sonstiges dingliches Recht aufgegeben, ist der Anfechtungsgegner in der Meistbetsverteilung vor dem Einzelanfechtungskläger zu befriedigen.

¹⁸⁸⁾ Die Exekutionssperre nach § 10 IO gilt nicht für Aussonderungs- und Massegläubiger, zB P. Csoklich in KLS² § 10 IO Rz 16f mwN.

2. Entstehung – Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsbefugnis

Die Klagsmöglichkeit bei Fälligkeit wirft die naheliegende Frage auf, wann die Gegenansprüche des Anfechtungsgegners fällig werden. Diese Fragestellung führt unweigerlich ins „Fahrwasser“ der fast schon altherwürdigen Streiffrage nach dem Zeitpunkt der Entstehung der Gegenansprüche gem § 41 Abs 1 IO. Die ältere Lehre vertritt dazu den Standpunkt, dass die Gegenansprüche des Anfechtungsgegners erst mit Erfüllung seiner anfechtungsrechtlichen Leistungspflicht nach § 39 IO entstehen. Daraus ergibt sich eine Leistungsabfolge, wonach zunächst die anfechtungsrechtliche Pflicht zu erfüllen sei, ehe ein Gegenanspruch geltend gemacht werden könne. Dies führte zur Ansicht der hL, dass der Anfechtungsgegner selbst mit den privilegierten Ansprüchen gem § 41 Abs 1 IO nicht gegen den Anfechtungsanspruch aufrechnen könne und er dessen Erfüllung auch nicht bis zur Bewirkung der Gegenansprüche zurückbehalten dürfe.¹⁸⁹⁾

Eine derart konstruktivistische Begründung erinnert nicht zufällig an begriffsjuristische Argumentationsmuster; mE ist sie in gleicher Weise wie diese zugunsten einer wertungs- und interessenbasierten Auslegung aufzugeben.¹⁹⁰⁾ Bei wertender Betrachtung ist indes, wie erstmals *Karollus*¹⁹¹⁾ überzeugend herausgearbeitet hat, kein Grund ersichtlich, warum der Anfechtungsgegner im Verhältnis zur Insolvenzmasse das Vorleistungsrisiko im Rahmen der anfechtungsrechtlichen Rückabwicklung übernehmen soll. Auch das Aufrechnungsverbot des § 42 IO soll nur eine „Immunsierung“ des Anfechtungsanspruchs durch (Insolvenz-) Forderungen gegen den Schuldner hintanhaltend, nicht jedoch eine Aufrechnung mit Masseforderungen oder anderen privilegierten Ansprüchen.¹⁹²⁾ Die einhellige neuere Lehre hält den Anfechtungsgegner daher mit seinen privilegierten Ansprüchen nach § 41 Abs 1 IO zu Recht für aufrechnungs- und zurückbehaltungsberechtigt.¹⁹³⁾

Trefflich streiten lässt sich lediglich darüber, ob eine Aufrechnung mit der Masseforderung gem § 41 Abs 1 Fall 2 IO auch bei Masseinsuffizienz möglich ist.¹⁹⁴⁾ Die Frage stellt sich, wenn zwar die Masse noch um den Wert der Gegenleistung bereichert ist, insgesamt aber Masseinsuffizienz vorliegt. Dieses Problem wird generell, also auch für sonstige Masseforderungen, kontrovers diskutiert.¹⁹⁵⁾ Stellt man mit *Konecny*¹⁹⁶⁾ darauf ab, ob die Aufrechnungs-

¹⁸⁹⁾ OGH 6 Ob 353/66 EvBl 1967/409; 1 Ob 507/88; *Ehrenzweig*, Kommentar 427; *Lehmann*, Kommentar KO, AO, Anfo I 344; *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO, AO, Anfo I³ 254; ausf zum Meinungsstand *König/Trenker*, *Anfechtung*⁶ Rz 16.18.

¹⁹⁰⁾ Vgl in anderem Kontext *Trenker*, *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess (2020)* 25 ff.

¹⁹¹⁾ Konkursanfechtung: Muß der Anfechtungsgegner vorleisten? ÖBA 1988, 123 (126 ff).

¹⁹²⁾ RIS-Justiz RS0033772; OGH 5 Ob 575/81; 6 Ob 116/05k; *Karollus*, ÖBA 1988, 123 (126 ff); *Rebernig* in *Konecny*, *Insolvenzgesetze* § 42 IO Rz 5; *König/Trenker*, *Anfechtung*⁶ Rz 15.36; aA noch *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO, AO, Anfo I³ 258.

¹⁹³⁾ *Karollus*, ÖBA 1988, 123 (126 ff); *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht I*⁴ § 41 KO Rz 17f; *König/Trenker*, *Anfechtung*⁶ Rz 16.19; *Rebernig* in *Konecny*, *Insolvenzgesetze* § 41 IO Rz 19; *Trenker*, *Verkauf von Anfechtungsansprüchen – Rechtsstellung des Anfechtungsgegners als offene Gretchenfrage*, in *Rassi/Riel/Schneider*, *Festschrift für Andreas Konecny (2022)* 661 (673); *Bollenberger/Spitzer* in *KLS*² § 41 IO Rz 8.

¹⁹⁴⁾ Für eine Aufrechnung *Rebernig* in *Konecny*, *Insolvenzgesetze* § 41 IO Rz 19; aA *König/Trenker*, *Anfechtung*⁶ Rz 16.19; *Bollenberger/Spitzer* in *KLS*² § 41 IO Rz 8 je mwN.

¹⁹⁵⁾ Dazu *Engelhart* in *Konecny*, *Insolvenzgesetze* (79. Lfg; 2021) § 47 IO Rz 24 ff; *Widhalm-Budak* in *KLS*² § 47 IO Rz 8 mwN.

¹⁹⁶⁾ Masseunzulänglichkeit und ihre Folgen, in *Konecny*, *Insolvenz-Forum 2002 (2003)* 61 (79); ebenso *Nunner-Krautgasser*, *Aufrechnung in der Insolvenz: Grundlagen und aktuelle Rechtsfragen*, in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, *Jahrbuch 14 Insolvenz- und Sanierungsrecht (2015)* 163 (187); *Engelhart* in *Konecny*, *Insolvenzgesetze* § 47 IO Rz 25; aA *Widhalm-Budak* in *KLS*² § 47 IO Rz 8.

lage vor oder nach Eintritt der Masseinsuffizienz entsteht (mE richtig: Veröffentlichung der Masseinsuffizienz gem § 124a Abs 2 IO), spricht dies jedoch gegen eine Aufrechnungsbefugnis des Anfechtungsgegners. Die Gegenforderung des Anfechtungsgegners ist nämlich schon mit dem Zufluss der Bereicherung der Masse soweit – sozusagen „im Kern“, also bedingt¹⁹⁷⁾ – angelegt, dass er nicht gleichermaßen schutzwürdig wie ein echter „Neumassegläubiger“ erscheint.¹⁹⁸⁾

Das führt zurück zur Ausgangsfrage nach dem exakten Zeitpunkt des Entstehens der Gegenansprüche, wobei diese Frage bewusst erst nach Beantwortung der Frage nach der Aufrechnungs- und Zurückhaltungsbefugnis beantwortet werden soll. Denn es sei nochmals betont: Zwingende Lösungen für konkrete Probleme lassen sich daraus nicht gewinnen; die dogmatische Festlegung des Entstehungszeitpunkts ist bestenfalls von didaktischem Wert. Am ehesten stimmig erscheint dabei die Annahme einer Entstehung im Zeitpunkt der Rechtskraft der urteilsmäßigen Rechtsgestaltung oder im Zeitpunkt eines außergerichtlichen Anerkenntnisses.¹⁹⁹⁾

3. Beweislast

Abschließend noch ein Wort zur Beweislastverteilung: Richtigerweise hat der Anfechtungsgegner nicht nur die Erbringung der Gegenleistung zu behaupten und zu beweisen, sondern er trägt auch die Beweislast dafür, dass die Gegenleistung in der Masse noch unterscheidbar oder wertmäßig vorhanden ist.²⁰⁰⁾ Dass die diesbezüglichen Tatsachen der Sphäre des anfechtenden Insolvenzverwalters zuzurechnen sind, vermag daran nichts zu ändern. Immerhin ist deshalb aber die Substanziierungslast des Anfechtungsgegners tendenziell geringer anzusetzen und sind vom Insolvenzverwalter erfragte, aber nicht befriedigend beantwortete Auskünfte (§ 184 ZPO) im Rahmen der Beweiswürdigung eher zu Lasten des Insolvenzverwalters bzw der Insolvenzmasse zu werten.²⁰¹⁾

C. Insolvenzforderungen gem § 41 Abs 2 IO

Aus der unstrittigen Qualifikation der Gegenansprüche nach § 41 Abs 2 IO als Insolvenzforderungen folgt, dass diese ohne weiteres dem „Rechtsdurchsetzungsregime“ der §§ 102 ff IO unterliegen. Zweifel bestehen allenfalls darüber, ab wann eine Anmeldung der Gegenansprüche frühestens zulässig ist. In der Praxis ist eine Anmeldung als bedingte Forderung gem § 16 IO jedenfalls nach Klagseinbringung nicht unüblich und mE auch ohne weiteres zulässig;²⁰²⁾ erst recht unproblematisch ist eine Anmeldung nach Anerkennung des Anfechtungsan-

¹⁹⁷⁾ Vgl nur OGH 10 Ob 23/03k; ferner 3 Ob 143/08p.

¹⁹⁸⁾ Offenbar gerade aA *Rebernik in Konecny*, Insolvenzesetze § 41 IO Rz 19. Anderes hätte mE lediglich ausnahmsweise zu gelten, wenn der Massezufluss erst nach Veröffentlichung der Masseinsuffizienz erfolgt.

¹⁹⁹⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.19; *Trenker* in FS *Konecny* 661 (671); idS auch schon *Karollus*, ÖBA 1988, 123 (126 ff).

²⁰⁰⁾ Vgl *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.14.

²⁰¹⁾ Vgl allgemein dazu *Rassi*, Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweibelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, ZZZ 121 (2008) 165 (190); *Rassi*, Kooperation und Geheimnisschutz bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess (2019) Rz 100; *Trenker* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO (in Bearbeitung) § 178 Rz 11; § 184 Rz 2 mwN.

²⁰²⁾ *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rz 16.20; vgl auch *Rebernik in Konecny*, Insolvenzesetze § 41 IO Rz 26; aA *Kodek*, Bedingte Anmeldung und bedingte Forderung – Versuch einer Klärung, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2015 (2016) 55 (58).

spruchs.²⁰³) ME bestehen nicht einmal vor formeller Klageeinbringung oder vor einem Anerkennnis Bedenken gegenüber der Anmeldung einer bedingten Forderung, sobald der Insolvenzverwalter den Anspruch außergerichtlich betreibt (Anspruchsschreiben!).²⁰⁴) Jedenfalls zulässig ist die Anmeldung, nachdem der Anfechtungsanspruch an einen Dritten abgetreten wurde, weil der Umstand der entgeltlichen (!) Abtretung eine Anfechtungsklage bereits mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt.²⁰⁵)

Eine Aufrechnung mit den Gegenansprüchen gem § 41 Abs 2 IO ist grundsätzlich unzulässig (vgl § 42 IO), auch ein Zurückbehaltungsrecht besteht gegenüber der Leistungspflicht nach § 39 IO nicht.²⁰⁶) Der Anfechtungsgegner ist vorleistungspflichtig. Eine Ausnahme von diesem Aufrechnungsverbot besteht nur, wenn die Insolvenzquote bereits festgestellt und fällig ist (was nach einer Zwischenverteilung oder bei einer Anfechtung im Wege der Nachtragsverteilung durchaus denkbar ist).²⁰⁷) Hinsichtlich der Aufrechnung ist schließlich zu beachten, dass Insolvenzforderungen gem § 20 Abs 3 IO privilegiert werden: Der Anfechtungsgegner kann gegen andere Ansprüche der Masse als den Anfechtungsanspruch aufrechnen, obwohl seine Forderung als bloße Insolvenzforderung eigentlich nicht gleichwertig ist.

Fallbeispiel 17: Die Hausbank B des Schuldners S schuldet diesem gem § 39 IO eine Rückzahlung iHv 500 wegen erfolgreicher Anfechtung der Tilgungen im Rahmen eines Kontokorrentkredits. Bei Rückzahlung lebt die Forderung aus dem Kreditverhältnis somit im Ausmaß von 500 wieder als Insolvenzforderung auf (§ 41 Abs 2 Fall 2 IO). Die Mutter von S hatte ein Girokonto bei B, welches im Zeitpunkt ihres Todes einen Saldo von 300 aufwies. Noch vor Insolvenzeröffnung beerbt S seine Mutter. Als der Insolvenzverwalter von S nach erfolgreicher Anfechtung die Auszahlung des Kontoguthabens verlangt, rechnet die Bank mit ihrer Gegenforderung nach § 41 Abs 2 Fall 2 IO auf. Das ist nach § 20 Abs 3 IO grundsätzlich zulässig, sodass der ererbte Anspruch von S bzw der Insolvenzmasse wegen der Kompensation „ins Leere geht“. Zusätzlich steht B eine Insolvenzforderung iHv 200 zu.

Beachte: *Rebernic*²⁰⁸) will eine Aufrechnung auch nach § 20 Abs 3 IO mit guten Gründen allerdings nur unter den Voraussetzungen des § 20 Abs 1, 2 IO zulassen, womit die Gegenforderung von B im Wesentlichen entweder früher als sechs Monate vor Insolvenzeröffnung entstanden oder B in Bezug auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gutgläubig gewesen sein muss.

²⁰³) König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 16.20.

²⁰⁴) AA König, JBl 2019, 789 (795) (Anm), der dies daraus ableiten will, dass der Anfechtungsanspruch erst mit Klageeinbringung bedingt entstehe. Abgesehen davon, dass für diese These keine annähernd gesicherten Anhaltspunkte ersichtlich sind, ist es methodisch nicht überzeugend, aus dem (angeblichen) Entstehungszeitpunkt konkrete Problemlösungen abzuleiten (vgl oben V.B.2.). Zuzugestehen ist ihm zwar, dass der Justizausschuss des Abgeordnetenhauses zum AnfG 1884 (339 Beil stenProt AH, IX. Session, 21) demgegenüber noch ausdrücklich hervorhob: „Die [bedingte] Anmeldung ist aber [...] unbedingt ausgeschlossen, wenn [...] keine Anfechtungsklage erhoben worden ist, zumal dem eventuellen Anfechtungsbeklagten nicht zugemuthet werden kann, daß derselbe die [eventuellen] Anfechtungsmängel seines eigenen Rechtserwerbes selbst anzeigen solle“. Will der Anfechtungsgegner seine Forderung indes „freiwillig“ früher einbringen, verfängt diese Begründung offenkundig nicht mehr.

²⁰⁵) Trenker in FS Konecny 661 (671).

²⁰⁶) Karollus, ÖBA 1988, 123 (132); König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 16.26; Rebernic in Konecny, Insolvenzgesetze § 41 IO Rz 28.

²⁰⁷) Trenker, Anfechtung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, ÖJZ 2019, 897 (903); König/Trenker, Anfechtung⁶ Rz 16.26; Rebernic in Konecny, Insolvenzgesetze § 42 IO Rz 3.

²⁰⁸) In Konecny, Insolvenzgesetze § 42 IO Rz 4.

VI. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. § 41 IO erkennt dem Anfechtungsgegner Gegenansprüche zu, um den vermögensrechtlichen Zustand, in dem sich die Insolvenzmasse ohne anfechtbare Handlung befände, bestmöglich wiederherzustellen, namentlich also, um eine Bereicherung der Masse zu vermeiden (I.A.). Wenn der Insolvenzverwalter das Grundgeschäft anfechtet, hat der Anfechtungsgegner grundsätzlich gem § 41 Abs 1 Fall 1, 2 sowie Abs 2 IO Anspruch auf Rückersatz seiner Gegenleistung, wobei es vom „Schicksal“ der Gegenleistung bis zur Insolvenzeröffnung abhängt, ob dieser Anspruch nach § 41 Abs 1 IO privilegiert oder nach § 41 Abs 2 IO nur als Insolvenzforderung zu bedienen ist. Bei einer bloßen Anfechtung einer Schuldtilgung lebt hingegen einfach die getilgte Forderung des Anfechtungsgegners wieder auf, und zwar im Regelfall als Insolvenzforderung (§ 41 Abs 2 Fall 2 IO) (I.B.). Beide Ansprüche fußen auf bereicherungsrechtlicher Grundlage unter Berücksichtigung spezifischer insolvenzrechtlicher Wertungen (I.C.).

Das Dogma, wonach sich beide Ansprüche wechselseitig ausschließen, trifft zwar regelmäßig zu; sofern der Anfechtungsgegner eine Gegenleistung aber ohne Übernahme eines Vorleistungsrisikos erbracht hat, kann selbst bei der Anfechtung der bloßen Schuldtilgung zusätzlich zum Wiederaufleben der getilgten Schuld ein Anspruch auf Rückersatz seiner Gegenleistung entstehen (I.D.).

Bei der Anfechtung einer unentgeltlichen Verfügung gem § 29 IO ist § 41 IO unanwendbar. Dies gilt entgegen hM auch bei Anfechtung einer gemischten Schenkung; der Anfechtungsgegner hat vielmehr einen unbedingten Anspruch auf Rückersatz seiner (unzureichenden) Gegenleistung, wenn er seinerseits die Leistung des Schuldners an die Masse zurückgewährt (I.E.). Im Falle der Doppelinsolvenz ist § 41 Abs 1 IO teleologisch zu reduzieren, sodass der Gegenanspruch des Anfechtungsgegners nie mehr als eine Insolvenzforderung zu begründen vermag (I.F.).

2. Der Anspruch auf Rückerstattung der Gegenleistung gem § 41 Abs 1 Fall 1, 2 sowie Abs 2 Fall 1 IO ist Ausdruck des Verbots der Teilanfechtung: Die Anfechtung inäquivalenter Austauschgeschäfte führt zur vollumfänglichen Rückabwicklung nach Maßgabe von § 39 und § 41 IO (II.A.). Maßgebliche Determinante des Anspruchs auf Rückersatz der Gegenleistung ist das Vorliegen einer solchen: Gegenleistung ist alles, was in kausaler oder konditionaler Verknüpfung mit der Leistung des Schuldners steht, also jede vermögenswerte Leistung, die wegen der anfechtbaren Rechtshandlung erbracht wurde (II.B.1.). Auch unmittelbare Vorteile aus der erbrachten Gegenleistung, wie deren Früchte und Zinsen, sind in den Rückersatzanspruch des Anfechtungsgegners einzubeziehen (II.B.3.). Gegenleistungen Dritter begründen in analoger Anwendung von § 41 IO einen Rückersatzanspruch zu dessen Gunsten (II.B.2.).

Ist die Gegenleistung des Anfechtungsgegners in der Masse noch unterscheidbar vorhanden, hat er gem § 41 Abs 1 Fall 1 IO Anspruch auf Herausgabe der Gegenleistung in natura. Es handelt sich entgegen wohl überwiegender Lehre um einen Aussonderungsanspruch iSd § 44 IO. Das hat zum einen eine Anwendung der einschlägigen Regeln über die Ersatzaussonderung (§ 44 Abs 2 IO) und über den Aufwendersatz der Masse (§ 44 Abs 3 IO) zur Folge (II.C.2.). Zum anderen ergibt sich daraus, dass die anerkannten Grundsätze zur Aussonderungsfähigkeit auch zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs von § 41 Abs 1 Fall 1 IO fruchtbar zu machen sind. Das gilt gerade auch für die Aussonderung von Buchgeld (II.D.1.).

Ist die Gegenleistung als solche zwar nicht mehr in der Masse vorhanden, die Masse aber um ihren Wert bereichert, hat der Anfechtungsgegner Anspruch auf eine Masseforderung gem

§ 41 Abs 1 Fall 2 IO. Anders als bei sonstigen Masseforderungen wegen Bereicherung (§ 46 Z 6 IO) ist dabei irrelevant, ob die Bereicherung vor oder nach Insolvenzeröffnung eingetreten ist (II.D.2.a.). Die Beantwortung der Frage nach einer nachvollziehbaren Bereicherung kann im Einzelnen erhebliche Schwierigkeiten aufwerfen, insb wenn die Gegenleistung in einer Arbeits-/Dienstleistung (II.D.2.c.) oder in der Tilgung einer Verbindlichkeit des Schuldners bestand (II.D.2.d.).

Ist die Gegenleistung weder unterscheidbar in der Masse vorhanden, noch diese um ihren Wert bereichert, steht dem Anfechtungsgegner gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO lediglich eine Insolvenzforderung in Höhe des Werts der Gegenleistung zu (II.D.3.). Zeitlich ist für das Vorhandensein der Gegenleistung sowie die Bereicherung der Masse der Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung maßgeblich; im Falle nachträglichen Untergangs sind allgemeine bereicherungsrechtliche Grundsätze ausschlaggebend (II.D.4.).

3. Bei Anfechtung der Tilgung einer Schuld lebt die getilgte Forderung wieder auf, und zwar entgegen dem irreführenden Wortlaut von § 41 Abs 2 Fall 2 IO mit jener Rechtsnatur, die sie quo ante hatte (III.B.); die zur Begründung des Schuldverhältnisses allenfalls geleistete Gegenleistung des Anfechtungsgegners bleibt als Vorleistung „verloren“ (vgl I.C.2.). Zu einem Wiederaufleben kommt es als Reflexwirkung der Anfechtung der Tilgung einer aus Sicht des Schuldners „materiell fremden“ Verbindlichkeit auch im Verhältnis zwischen dem Anfechtungsgegner und dem Hauptschuldner (III.C.).

Wurde die Tilgung einer Schuld angefochten, die wirksam besichert war, wäre ein andauernder Untergang der Sicherheit zu Lasten des Anfechtungsgegners grundsätzlich nicht zu rechtfertigen (III.D.2.). Zu einem eo-ipso-Wiederaufleben der Sicherheit kommt es jedoch nur, wenn dem keine sachenrechtlichen Grundsätze entgegenstehen, wie dies insb bei sachenrechtlichen Sicherheiten Dritter (Bürgschaft, Garantie etc) (III.D.3.), aber auch einer Sicherung durch Eigentumsvorbehalt der Fall ist (III.D.5.). Eine dingliche Sicherheit aus dem Vermögen des Schuldners kann wegen des sachenrechtlichen Intabulationsprinzips hingegen nicht einfach wiederaufleben; der Anfechtungsgegner hat, sofern die Anfechtung einer aus dem Vermögen des Schuldners besicherten Schuld überhaupt anfechtbar ist, nur einen Anspruch auf Wiedereinverleibung nach Maßgabe von § 41 IO, weil der Verlust der Sicherheit als Gegenleistung iSd § 41 IO zu qualifizieren ist (III.D.4.b.). Ob ein solcher Anspruch auch besteht, wenn die anfechtbar getilgte Forderung durch ein Drittpfand besichert war, richtet sich nach dem jeweiligen Innenverhältnis zwischen Anfechtungsgegner und Drittpfandbesteller (III.D.4.c.).

4. Bei der Anfechtung mittelbar nachteiliger (Finanzierungs-)Geschäfte ist zweifelhaft, aber dennoch eher nicht davon auszugehen, dass die von der Rsp postulierte dreifache Begrenzung des Anfechtungsvolumens eine teleologische Reduktion von § 41 IO rechtfertigt (IV. A.2.). Der Anfechtungsgegner hat folglich eine (Insolvenz-)Forderung auf Rückzahlung seiner Gegenleistung, also in Höhe der ausbezahlten Kreditmittel (IV.A.3.).

Im (Ausnahme-)Fall der Anfechtung einer Leistung an den Schuldner ist der Gegenanspruch des Anfechtungsgegners auf Rückzahlung seiner Leistung gerichtet; regelmäßig besteht nur eine Insolvenzforderung gem § 41 Abs 2 Fall 1 IO (IV.B.).

Auch wenn ein dingliches Recht (VuB-Verbot, Fruchtgenussrecht oÄ) des Anfechtungsgegners (oder eines Dritten) wegen der anfechtbaren (Liegenschafts-)Transaktion untergeht, ist dies als Gegenleistung iSd § 41 IO anzusehen. Der Anfechtungsgegner hat daher grundsätzlich einen Anspruch auf Wiedereinverleibung des erloschenen Rechts im nächsten verfügbaren Rang (IV.C.2.).

5. Die Geltendmachung der Gegenansprüche ist abhängig von deren Rechtsnatur: Die privilegierten Ansprüche gem § 41 Abs 1 IO sind vollumfänglich zu befriedigen, sie können grundsätzlich auch durch Klage und Exekution in die Masse zwangsweise durchgesetzt werden (V.B.1.). Entgegen älterer hM kann der Anfechtungsgegner mit diesen Ansprüchen auch gegen den Anfechtungsanspruch aufrechnen (§ 42 IO gilt insoweit nicht); zudem kommt ihm bis zu deren Befriedigung ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich seiner anfechtungsrechtlichen Leistungspflicht zu (V.B.2.). Die Beweislast für die zentralen Tatbestandsmerkmale eines privilegierten Anspruchs nach § 41 Abs 1 IO, nämlich das Vorhandensein der Gegenleistung oder die nachweisbare Bereicherung der Masse, trägt der Anfechtungsgegner (V.B.3.).

Gegenansprüche gem § 41 Abs 2 IO sind als Insolvenzforderungen anzumelden. Sie berechtigen weder zur Aufrechnung gegen den Anfechtungsanspruch noch zur Zurückbehaltung der nach § 39 IO geschuldeten Leistung. Gegen sonstige Ansprüche der Masse ist jedoch eine Aufrechnung nach Maßgabe von § 20 IO möglich (V.C.).